

Estudios  
dogmáticos  
de derecho civil

ALEJANDRO  
GUZMÁN  
BRITO



EDICIONES UNIVERSITARIAS DE VALPARAÍSO  
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

VALPARAÍSO, 2005

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del "Copyright", bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

© Alejandro Guzmán Brito, 2005  
Inscripción N° 148.845

ISBN 956-17-0372-6

Tirada de 400 ejemplares

Derechos Reservados

**Ediciones Universitarias de Valparaíso**  
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso  
Calle 12 de Febrero 187, Valparaíso  
Fono (32) 273087 - Fax (32) 273429  
E.mail: [euvs@ucv.cl](mailto:euvs@ucv.cl)  
[www.euv.cl](http://www.euv.cl)

Diseño Gráfico: Guido Olivares S.  
Asistente de Diseño: Mauricio Guerra P.  
Corrección de Pruebas: Osvaldo Oliva P.

Impreso en Litogarín, Valparaíso

HECHO EN CHILE

# ÍNDICE

PRÓLOGO [7]

## FUENTES DEL DERECHO

- I. El significado histórico de las expresiones equidad natural y principios de equidad en el derecho chileno [11]
- II. El fundamento de validez de la costumbre como fuente de derecho [33]

## DERECHO DE FAMILIA

- III. ¿Matrimonio indisoluble o unión disoluble no matrimonial? [41]

## DERECHO DE BIENES

- IV. Los derechos sobre cosas intelectuales o producciones del talento o del ingenio [53]

## DERECHO DE OBLIGACIONES

- V. La buena fe en el Código Civil de Chile [85]
- VI. La responsabilidad objetiva por custodia en el derecho romano y en el derecho moderno, con una referencia especial a la regla 'periculum est emptoris' [101]

- vii. La remisión de deudas en el derecho civil [121]
- viii. El concurso de causas [157]
- ix. Un nuevo derecho de creación judicial: el derecho al prestigio profesional [163]

#### DERECHO DE LOS ACTOS Y CONTRATOS

- x. Contribución a la crítica del dogma de la voluntad como fuente de efectos jurídicos. La voluntad específica en los actos jurídicos de derecho patrimonial privado [171]
- xi. Las relaciones entre la compraventa, la permuta y la lesión enorme: del derecho romano al Código Civil de Chile [207]

#### ÍNDICE DE FUENTES LEGALES [253]

#### ÍNDICE DE PERSONAS [275]

## PRÓLOGO

Reúno aquí once trabajos de dogmática civilística publicados en diversas sedes, la mayoría pertenecientes a la década de los '90, aunque un par se originaron en la anterior. La proveniencia de cada cual se indica con detalle en cada caso. Pese a la aparente dispersión temática, estos trabajos se unifican en el punto de su pertenencia al derecho civil en sentido amplio, y en su carácter precisamente dogmático. Con esto último quiero acentuar que no se trata de estudios históricos. Pero esta última aseveración exige aclarar su sentido.

La vigencia del derecho es un atributo accidental, que mejor se aprecia cuando decimos "derecho vigente", porque entonces el carácter adjetival y accesorio de la vigencia aparece como más manifiesto. La vigencia depende de un acto político del gobernante, cuando se trata de las leyes, o bien de un conjunto de fenómenos sociales en el caso de las costumbres jurídicas, y hasta de unas decisiones de los jueces, especialmente de los jueces supremos, cuando nos referimos al derecho judicial, o de la *communis opinio* tratándose del derecho de juristas. Ahora bien, que un cierto derecho deje de estar en vigencia, eso no le sustrae su naturaleza de derecho; solo significa que ya no puede ser invocado, muy en especial ante los tribunales, y que no da título. Este impedimento de invocación aparece como más comprensible, sin embargo, cuando con la invocación se trata de contradecir al derecho que ahora se mira como vigente, pues en el evento de apoyarlo, explicarlo o aclararlo, en suma, de interpretarlo, y aun de integrarlo, el derecho ya no más visto como vigente suele ser admitido en la argumentación, como todos saben, y los abogados más cultos e inteligentes practican a diario ante los tribunales, o en sus informes jurídicos. Pero incluso en el caso del derecho que ya no está vigente y es contradictorio con el vigente, aquél presta su servicio, pues resulta muy frecuente que un cierto estado jurídico vigente mejor se explica y entiende cuando se lo pone en relación con uno opuesto, pero ya no vigente del pasado. En todo caso, está claro que el derecho ya no vigente no puede fundar directamente una *intentio*, sino en el sentido precedentemente explicado, y es en eso en que precisamente consiste su carencia de vigor.

Otra cosa muy distinta acaece en el planteamiento dogmático de las figuras singulares, en donde la ya tenue línea divisoria entre lo vigente y lo no vigente tiende a desaparecer. Para el jurista

actual, que cierta construcción dogmática haya sido elaborada por un jurista fallecido hace 20 siglos, u 8, o hace 50 años, o por uno aun viviente, eso carece de importancia, pues en final de cuentas el jurista moderno se acercará a las ideas de cualquiera de los demás nombrados con el mismo método, y han de ser la consistencia y coherencia constructivas, o los vicios lógicos contrarios, que halle ahí o aquí los que deberán conducirlo a formarse el juicio que considera más correcto sobre el problema que es objeto de su estudio, que no la época de que provienen. Esto, sin hacer nuevo caudal de algo ya señalado a propósito de la vigencia, en orden a que aun cuando una cierta dogmática del pasado deba ser desechada por ya no ser congruente con los diseños predominantes en el día, aun así esa dogmática pasada normalmente hace comprensible estos últimos.

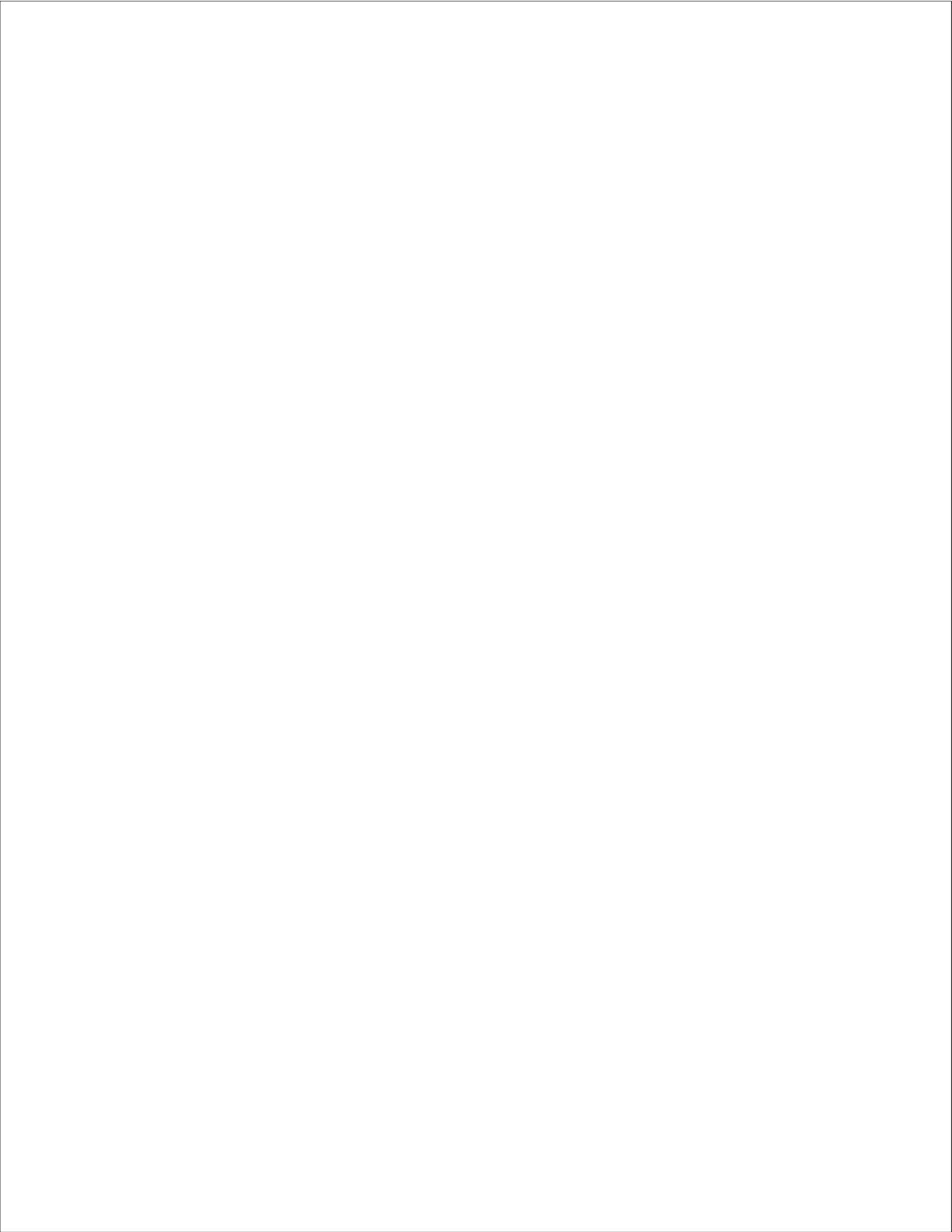
Es con esta actitud metódica con que fue elaborada la mayoría de los estudios que se reúnen en este volumen, ninguno de los cuales tiene carácter histórico, aunque hayan sido elaborados en parte con materiales históricos, que acepto denominar así más por obsequio al uso que por corresponder a la realidad la denominación, atendido lo dicho sobre la indiferencia de la dogmática al paso del tiempo.

La presente reedición respeta, por cierto, la textura literaria y el contenido originales de los escritos en ella recogidos. Con dos clases de excepciones. Por un lado, he agregado "adiciones del A." bajo forma de notas, pero con llamadas de asterisco (\*), para no alterar la original secuencia numérica de las notas primitivas. En tales "adiciones" suelo ofrecer actualizaciones bibliográficas, aclaraciones y aun rectificaciones a mis propias ideas. Por otro lado, he hecho las correcciones formales de estilo que me parecieron necesarias u oportunas, sin modificar la sustancia del pensamiento antes expresado. Con el propósito de conservar la paginación que cada trabajo hubo de recibir en sus sedes originales, se indica ella entre corchetes [ ], en el punto que corresponda en esta reedición. La ordenación de los textos sigue, en general, el sistema del Código Civil.

Agradezco a la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso su patrocinio para la edición de este libro, y a Ediciones Universitarias de Valparaíso el cuidado puesto en ella.

Viña del Mar, 27 de octubre de 2004.

Fuentes del derecho



I

## [p. 111] EL SIGNIFICADO HISTÓRICO DE LAS EXPRESIONES “EQUIDAD NATURAL” Y “PRINCIPIOS DE EQUIDAD” EN EL DERECHO CHILENO

[Antes publicado en *Revista de Ciencias Sociales* 18 - 19 (Valparaíso, 1981), pp. 111 - 143].

### I. INTRODUCCIÓN

La presente comunicación<sup>1</sup> persigue llegar a la más correcta y exacta interpretación posible de las expresiones “*equidad natural*” y “*principios de equidad*” usadas por los artículos 24 del Código Civil y 170 N° 5 del Código de Procedimiento Civil, respectivamente. El método utilizado para intentar lograr dicha interpretación es histórico, esto es, basado en textos auténticos y en las inferencias necesarias o verosímiles que de ellos pueden obtenerse. Mi tesis es que las aludidas expresiones no hay que interpretarlas de un modo diferente al modo en que han sido interpretadas por las corrientes doctrinales de cuyos textos dichas expresiones han sido extraídas. Por ello es que, a mi manera de ver, el problema de su exacto y verdadero sentido es en definitiva un problema histórico, o sea, un problema consistente en determinar el sentido atribuido [p. 112] a ellas por los juristas de épocas pasadas, de los cuales se han recogido. No negaré que en estas tesis hay implicada una posición más general que cubre incluso al concepto mismo de derecho, porque es claro que cuanto he dicho para las expresiones “*equidad natural*” y “*principios de equidad*” puede hacerse extensivo para cualquier otro término técnico del derecho. No lo negaré ni necesito hacerlo, porque acepto plenamente dicha implicancia. El estudio de la historia jurídica me ha obligado a comprender que el derecho considerado como una ciencia, como un conocimiento, no se aparta en su proceder del modo de proceder de las demás ciencias, que también se han formado históricamente: a través de las épocas y los espacios, pues el saber humano es acumulativo; lo cual

---

<sup>1</sup> Este trabajo se originó como comunicación presentada en la II Jornada de Ciencia General del Derecho, celebrada en la Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales de la entonces Universidad de Chile, sede de Valparaíso, hoy Universidad de Valparaíso, en septiembre de 1980. Véase mi trabajo *El juez entre la equidad y la ley: un estudio histórico-dogmático*, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales* 78 (1981) 1, pp. 1 - 15 = *La función jurisdiccional en las concepciones clásica, moderna y contemporánea*, en VV. AA., *La función judicial* (Buenos Aires, 1981), pp. 203 - 232, en el cual he apuntado algunos de los temas que desarrollo aquí de manera extensa.

significa, negativamente hablando, que ni cada individuo ni cada nueva generación están constreñidos a recorrer los caminos en pos de la verdad recorridos por individuos y generaciones anteriores, sin que ello implique una renuncia a la crítica de lo que hasta entonces se ha considerado verdad o incluso error, para revalorizarlo. Prescindiendo de esta comprensión histórica de las ciencias, me parece que no es posible entender cabalmente el modo en que ellas se han desarrollado.

Las anteriores explicaciones, algo teóricas, quisiera aclararlas mediante algunos ejemplos. Cuando nosotros nos admiramos que en los años que nos ha tocado vivir el hombre haya pisado la Luna, tenemos la tendencia a sentirnos históricamente superiores a las generaciones pasadas, lo cual suele manifestarse domésticamente en dejar volar la imaginación para figurarnos qué hubieran dicho ante tales empresas nuestros tatarabuelos muertos bajo régimen de carbón y de tiro de caballos, si volvieran a la vida. Pero estas reflexiones son en verdad algo ingenuas y desde luego hinchadas de soberbia, porque no tenemos conciencia de cuánto debe la llegada a la Luna en tiempos contemporáneos a centenas de hombres sabios que han laborado en tiempos pasados. Sin los presupuestos sentados por ellos, esos viajes extraterrestres hoy serían imposibles. Nuestro único mérito ha sido saber aprovecharlos, desarrollarlos y aplicarlos.

Esto mismo exactamente ocurre con el derecho. La admiración opera aquí al revés y se traslada al derecho romano, pues, en efecto, cualquiera que conozca, por ejemplo, nuestro código civil y al mismo tiempo aquel derecho, no puede menos que admirarse de cuánto el primero debe al segundo. Pero esa admiración es también ingenua: si el derecho romano pervive en nuestros códigos ello se debe exclusivamente a que el [p. 113] pueblo romano fue un pueblo excepcionalmente dotado para el conocimiento y solución de los problemas de intercambio y daño patrimoniales entre los hombres, conocimiento que elevaron a la calidad de ciencia, fundando un sistema que no podía menos que pervivir, lo mismo que han pervivido el silogismo de Aristóteles, la geometría de Euclides o la física de Arquímedes, esto es, porque tan verdad es que al introducirse un cuerpo en agua desplaza tanto líquido cuanto es su masa, como que si un testador somete una asignación a condición suspensiva, ésta no se adquiere sino con el cumplimiento de la condición. Si los ingenieros hidráulicos modernos tienen presente cuanto dijo Arquímedes a propósito del desplazamiento de líquidos por sumergimiento de sólidos en ellos, es por la misma razón porque los abogados modernos tienen presente cuanto dijeron los juristas romanos a propósito de la adquisición de asignaciones sometidas a condición suspensiva. La única diferencia es que ni los ingenieros modernos recurren a los textos clásicos que aluden a los descubrimientos de Arquímedes, ni los abogados modernos a los textos del *Corpus iuris civilis* en que se contienen los descubrimientos romanos sobre condiciones. Aquéllos aprenden lo que ya dijo Arquímedes en textos modernos; los abogados también, o sea, en textos que solemos llamar códigos civiles, a que damos valor de leyes, de normas; siendo esto último secundario, pues, nadie tendrá la pretensión de que las condiciones suspensivas suspenden la adquisición de una asignación debido a que un libro que llamamos Código Civil haya sido aprobado por una asamblea y promulgado como una ley.

Con estas disquisiciones, pues, creo haber aclarado mi pensamiento. Ellas se aplican, según mi parecer, a la equidad. La equidad es un tema del cual vienen hablando los hombres desde tiempos inmemoriales. Dada mi concepción del derecho, no pretenderé yo que ha tocado en suerte a la época contemporánea descubrir qué sea ella, de modo que los siglos pretéritos hayan vivido en fundamental error acerca de su esencia. Por lo mismo, no diré que Bello tenía una concepción novedosa o revolucionaria de la equidad. Diré, por el contrario, que cuando él ha establecido un cierto recurso a ella en el Código Civil, y cuando por su influjo se ha establecido un recurso similar

en el Código de Procedimiento Civil, él no ha hecho otra cosa que tirar hacia la legislación chilena de una cuerda secular, en la cual metáfora "cuerda" significa ni más ni menos que "equidad".

Dos son en la legislación chilena las normas que consagran de [p. 114] modo general la posibilidad de un recurso a la equidad: el artículo 24 CC. y el artículo 170 N° 5 CPC. El primero se refiere a la "equidad natural" y el segundo, a los "principios de equidad". Dedicaremos los capítulos siguientes de nuestra comunicación al estudio de la historia de dichas expresiones en ambos códigos, para enseguida analizar su conexión con la ciencia jurídica secular.

## II. HISTORIA DE LA EXPRESIÓN "EQUIDAD NATURAL" EN EL CÓDIGO CIVIL

1. El artículo 24 CC. es el último del párrafo 4° del *Título preliminar*, consagrado dicho párrafo a la *Interpretación de la ley*. Después de haber establecido él diversas normas sobre la materia en los artículos 19 a 23, dispone el citado artículo 24: "En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural".

Este artículo remitente a la equidad natural discurre, en consecuencia, dentro del campo de la interpretación de la ley, con lo cual quiero decir que él no se refiere al caso de una laguna legal, para colmar la cual debe recurrirse a la equidad natural. En otras palabras, se supone ahí la existencia de una ley, si bien oscura o contradictoria, sin que hubiera resultado posible superar tales vicios mediante las reglas de interpretación señaladas en los artículos 19 a 23 CC.; en tal caso, el artículo 24 manda que los pasajes oscuros o contradictorios de esa ley se interpreten "del modo que más conforme parezca a la equidad natural". Esta es, en consecuencia, en nuestro artículo un criterio de interpretación de ley existente, no de integración de ley incompleta.

Dicho artículo 24 CC. corresponde, con idéntico tenor, al artículo 24 del llamado "Proyecto Inédito de Código Civil"<sup>2</sup>, que, como se sabe, es el resultado de la revisión operada por la Comisión formada por decreto presidencial de 26 de octubre de 1852<sup>3</sup>, sobre el llamado *Proyecto de* [p. 115] *Código Civil* de 1853, presentado a la consideración del gobierno por don Andrés Bello a mediados del año anterior, y luego editado precisamente en 1853.

También en este "Proyecto de 1853"<sup>4</sup> el tenor del artículo que luego sería el 24 del "Proyecto Inédito" y del código es exactamente como el de estos, si bien bajo el número 23. En verdad, fue en ese "Proyecto de 1853" en que por primera vez ha figurado la disposición, porque, como se sabe, en el *Título preliminar* del llamado *Proyecto de Código Civil* de 1841 - 1845<sup>5</sup> un artículo, ni igual ni parecido no figuraba.

Por otro lado, entre los papeles de Bello conservados en la Biblioteca Central de la Universidad de Chile en Santiago se encuentra un documento escrito por amanuense con correcciones del mismo Bello, que corresponde al anteproyecto de *Título preliminar* del "Proyecto de 1853"<sup>6</sup>. El

---

<sup>2</sup> En BELLO, A., *Obras completas* (Santiago, 1890), XIII.

<sup>3</sup> Su texto en COOD, Enrique, *Antecedentes legislativos y trabajos preparatorios del Código Civil de Chile* completados por Guillermo Feliú y Carlos Stuardo (Santiago, 1983), N° 128, p. 73.

<sup>4</sup> En BELLO, A., *Obras completas* (Santiago, 1885), XII.

<sup>5</sup> En BELLO, A., *Obras completas* (Santiago, 1887), XI.

<sup>6</sup> *Catálogos de la Biblioteca Central de la Universidad de Chile*, N° 1: *Colección de Manuscritos*, I: *Papeles de don Andrés Bello* (Santiago, 1965), pieza 15 (p. 10) = *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 3 (Valparaíso, 1978), p. 345.

artículo 18 de aquel anteproyecto corresponde al 23 de este último, y el tenor de ambos es idéntico, con una diferencia, pues en el artículo 18 del anteproyecto manuscrito se habla sólo de “pasajes oscuros” y no de “pasajes oscuros o contradictorios” como en el artículo 23 del “Proyecto de 1853”, siendo evidente, por tanto, que Bello agregó “o contradictorios” en una copia posterior del manuscrito de este anteproyecto, del cual salió el artículo 23 del “Proyecto de 1853”, precisamente con la adición de “o contradictorios” después de “oscuros”. Ya veremos la importancia que la primitiva redacción tiene para nuestro tema.

2. Ni en el “Proyecto de 1853”, empero, ni en el anteproyecto manuscrito al que hemos hecho mención, se señalan las fuentes usadas para la redacción de la norma de que tratamos. Afortunadamente disponemos de otra vía muy segura para determinar cuáles han sido tales fuentes del artículo 23.

El Título preliminar del “Proyecto de 1853” contenía un interesante artículo que, bajo el número 4, rezaba así: “*En materias civiles, a falta [p. 116] de ley escrita o de costumbre que tenga fuerza de ley, fallará el juez conforme a lo que dispongan las leyes para objetos análogos, y a falta de estas, conforme a los principios generales de derecho y de equidad natural*”. Este artículo, también bajo el número 4, figuraba ya en el anteproyecto manuscrito de *Título preliminar* a que antes hemos aludido, pero sin mencionarse ahí a los principios generales de derecho, pues dicho artículo termina diciendo que el juez debe fallar “conforme a los principios generales de equidad natural”. Se ve, pues, que Bello agregó la expresión “de derecho y” después de “generales” en una copia posterior, dando origen al artículo 4 del “Proyecto de 1853”, que en su parte pertinente reza: “conforme a los principios generales de derecho y de equidad natural”. Otras modificaciones que ha sufrido la redacción original de este artículo en el manuscrito no nos interesan aquí<sup>7</sup>.

Se apreciará, en consecuencia, que el artículo 4 del “Proyecto de 1853” discurría sobre bases distintas de las supuestas por su artículo 23 correspondiente al actual artículo 24 CC. Estas bases propias del artículo 4 estaban dadas por la frase “a falta de ley escrita o de costumbre que tenga fuerza de ley”; en tal caso, nuestra disposición manda recurrir en primer lugar a la analogía (“lo que dispongan las leyes para objetos análogos”), y en defecto de ésta, a los “principios generales de derecho y de equidad natural”. En otras palabras, este artículo 4 tiene como supuesto de su aplicación la existencia de lagunas legales.

En el “Proyecto de 1853”, pues, la equidad natural cumplía una doble función: por un lado, servía como criterio de interpretación de ley oscura o contradictoria, en caso de deficiencia de los criterios de interpretación precedentes; por otro, servía como fuente de integración de la ley (o de la costumbre), en defecto de ella, para colmar sus lagunas.

Hay que hacer notar todavía, lo que no deja de tener su importancia, como luego veremos, que la Comisión Revisora del “Proyecto de 1853” [p. 117] suprimió este artículo 4. En el seno de aquella comisión “se dijo por varios señores y especialmente por el señor García Reyes y por el señor Cerda que este artículo era más propio del Código de Enjuiciamiento”. De nada valió que se haya opuesto (muy probablemente por Bello) “el ejemplo de otros códigos”, porque después de

---

<sup>7</sup> Dicho artículo 4 del anteproyecto manuscrito presenta varios estratos de redacción, que reproducimos aquí, debiéndose tener presente los siguientes signos diacríticos: [ ] indica texto tarjado; <> indica texto interpolado. Lo que se transcribe en cursiva es manuscrito de Bello; lo que en redondas, del amanuense: “En materias civiles, a falta de ley escrita o de costumbre que tenga fuerza de ley [se seguirán las reglas que dicte la ley] <fallará [n las jurisdicciones] el juez conforme a lo que dispongan las leyes> para objetos análogos; i a falta de éstas <conforme a> los principios generales de equidad natural”.

"una larga discusión" se desechó el artículo 4, lo mismo que otro que Bello había presentado<sup>8</sup>. Esta decisión explica que, en efecto, en el "Proyecto Inédito" no figure un artículo con el tenor del 4 del "Proyecto de 1853", ni con otro semejante a aquél.

Ya hemos visto que lo propio no sucedió con el artículo 23 del mismo proyecto, que fue conservado en el "Proyecto Inédito" como 24, transformándose finalmente en el actual 24 del código. Con la supresión del artículo 4, sin embargo, desapareció la primera función que el "Proyecto de 1853" había atribuido a la equidad, a saber, la de servir como instrumento de integración en defecto de ley o de costumbre, quedando aquélla reducida tan sólo a la segunda función, a la de servir de instrumento supletorio de interpretación de ley oscura o contradictoria.

3. Ahora bien, lo que en este momento nos interesa es verificar que, a diferencia de lo ocurrido con el artículo 23 del "Proyecto de 1853", para el cual, como se dijo, no se indica las fuentes de que fue tomado, tratándose de este artículo 4 del mismo proyecto leemos en la nota correspondiente a este artículo lo siguiente: "C. L. 21. *Delvincourt, Droit Civil, tomo 1, p. 8*"<sup>9</sup>, texto éste que, con simples variaciones en el modo de citar, ya figuraba en el anteproyecto manuscrito del mismo artículo 4<sup>10</sup>.

Esa nota, pues, remite al artículo 21 del Código Civil de la Luisiana, y a la página 8 del tomo I del *Cours de Code Civil* de Claude Delvincourt. Es necesario, en [p. 118] consecuencia, recurrir a estos textos para determinar la manera en que han influido para la redacción del artículo 4 del "Proyecto de 1853".

El artículo 21 del Código Civil de la Luisiana dice: "*Dans les matières civiles, le juge, à défaut de loi précise, est obligé de procéder conformément à l'équité; pour décider suivant l'équité, il faut recourir à la loi naturelle et à la raison, ou aux usages reçus, dans le silence de la loi primitive*"<sup>11</sup>.

Por su parte, Delvincourt, en el lugar citado por la nota del artículo 4 del "Proyecto de 1853", se expresa del siguiente modo: "*Mais si les lois positives sont muettes, obscures, ou insuffisantes, le juge doit y suppléer, soit par des inductions tirées des dispositions des mêmes lois sur d'autres objets, soit même par l'équité naturelle*"<sup>12</sup>.

Si nosotros comparamos estos dos textos con el artículo 4 mencionado, observaremos que este último es el resultado de una extraña combinación de los dos primeros. Yo me atrevería a decir que la parte enunciativa y el inicio de la dispositiva de este artículo 4 proviene del artículo 21 del Código Civil de la Luisiana, mientras que el resto de su parte dispositiva, del texto de Delvincourt, lo cual se aprecia a través de los siguientes paralelos:

<sup>8</sup> El acta de la Comisión Revisora del "Proyecto de 1853", de la cual tomamos los textos antes transcritos, aparecen en ALFONSO, Paulino, *Explicaciones de Código Civil* (Santiago, 1882), I, p. 27 n. 1. Una reimpresión en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 5 (Valparaíso, 1980), p. 418.

<sup>9</sup> En BELLO, A., *Obras completas* (Santiago, 1885), XII, p. 4.

<sup>10</sup> En la pieza citada más arriba, en la nota 6, la cita aparece redactada así: "*Code L. artículo 21 Dalv. tomo 1, p. 8*".

<sup>11</sup> He visto: *Code Civil de l'Etat de la Louisiane* anoté par Wheelock S. Upton, L. C. B. et Needier R. Jennings (Nouvelle-Orléans, 1838, ed. bilingüe), p. 6 [Adición del A.: Este artículo 21 se inspira en el núm. 11 del artículo 1 del tit. 5º del *Livre préliminaire* del Proyecto de Código Civil francés del año VIII (1800), que reza: "*Dans les matières civiles, le juge, à défaut de loi précise, est un ministre d'équité. L'équité est le retour à la loi naturelle, ou aux usages reçus dans le silence de la loi positive*", el cual se ve en FENET, P. A., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil* (Paris, 1836), II, p. 7. Esta norma, con todo el citado libro, salvo unas pocas disposiciones, no fue aprobada finalmente].

<sup>12</sup> He visto: DELVINCOURT, Claude, *Cours de Code Civil* (Paris, 1834), I, p. 8 [Adición del A.: Delvincourt no podía hallar las ideas de este pasaje en el código francés que comentaba, porque no aparecen en él (véase lo dicho más arriba en la nota 11); pero es claro que se inspiró en lo expresado por el núm. 11 del artículo 1 del tit. 5º del *Livre préliminaire* del Proyecto de Código Civil francés del año VIII (1800) (transcrito en la misma nota 11)].

CC. de la Luisiana, art. 21	"Proyecto de 1853", art. 4
Dans les matières civiles [...] à défaut de loi précise	En materias civiles a falta de ley
[...] le juge [...] est obligé de procéder conformément à	escrita [...] fallará el juez conforme a

Hasta aquí llega el influjo del código de la Luisiana. El de Delvincourt se observa en lo que sigue:

Delvincourt, <i>Cours</i> , p. 8	"Proyecto de 1853", art. 4
(le juge doit y suppléer, soit) par des inductions tirées des dispositions des mêmes lois sur d'autres objets,	(conforme a)
soit même par l'équité naturelle.	lo que dispongan las leyes para objetos análogos y a falta de estas conforme a los principios generales de derecho y de equidad natural.

[p. 119] De acuerdo con esto, pues, la expresión "*equidad natural*" el artículo 4 del "Proyecto de 1853" la ha recibido de Delvincourt. Ciertamente es que también el código de la Luisiana manda al juez fallar de acuerdo con la equidad. Pero de cuanto llevamos dicho me parece que resulta claro que en esa parte Bello se ha basado no en ese código, que sólo habla de "equidad", sino en Delvincourt, que habla de "equidad natural". No nos interesa aquí el análisis de otros puntos del artículo 4, ni de las influencias recibidas, como el concerniente a los principios generales de derecho, tema éste último que no aparece en Delvincourt.

4. Ahora bien, si, como hemos dicho, la expresión "*equidad natural*" del artículo 4 del "Proyecto de 1853" la ha recibido Bello de Delvincourt, ¿es aventurado pensar que la misma expresión presente en el artículo 23 de ese proyecto también la ha recogido su autor de la misma fuente? A mí me parece que no lo es, y creo, en consecuencia, que la expresión similar que figura en ambos artículos tiene una fuente común, precisamente Delvincourt. Aparte de la similitud en la expresión usada en ambos artículos, me baso en que el artículo 23 del "Proyecto de 1853", conteniendo una regla de interpretación de ley oscura o contradictoria, y ordenando un recurso a la equidad para superar la oscuridad o contradicción, en el fondo también está basado en Delvincourt, pues, ya lo hemos visto, el texto pertinente de este autor discurría no sólo sobre la base de ley "muda" o "insuficiente" sino también sobre la base de ley "oscura" ("*[...] lois [...] muettes, obscures, ou insuffisantes*"). En Delvincourt, en otras palabras, el recurso a la analogía y a la equidad cumplía tanto una función integradora de ley defectuosa, como interpretativa de ley oscura. A partir de ese corto pasaje del escritor francés, Bello ha construido dos artículos: el 4 y el 23 (usando para el primero la ayuda del artículo 21 del código de la Luisiana). Y es esto lo que explica, a mi modo de ver, que en el anteproyecto manuscrito del artículo 23 originalmente Bello hubiera escrito tan sólo "*los pasajes oscuros*", esto es, usado el supuesto de Delvincourt, quien habla de "*leyes oscuras*", y sólo en una revisión posterior hubiera agregado "*o contradictorios*".

Las conclusiones de esta primera parte de nuestra comunicación pueden, en consecuencia,

resumirse así: la expresión "*equidad natural*" que figura en el artículo 24 del Código Civil, en donde ella tiene una función meramente interpretativa de la ley oscura o contradictoria, cuando no ha sido posible aplicar a la misma los criterios de interpretación [p. 120] señalados en los artículos 19 a 23 del mismo código para salvar su oscuridad o contradicción, reconoce su fuente en el *Cours de Code Civil* de Delvincourt, I, p. 8.

### III. HISTORIA DE LA EXPRESIÓN "PRINCIPIOS DE EQUIDAD" EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

Analicemos ahora la historia de la expresión "*principios de equidad*" contenida en el artículo 170 N° 5 CPC. En dicho artículo, aquella expresión cumple la función de integrar una ley defectuosa, pues él manda fundar las sentencias en los "*principios de equidad*", precisamente "*en defecto*" de las leyes. Con una disposición así, en consecuencia el CPC. restableció tal función de la equidad que, como hemos visto, había sido desechada en el Código Civil al eliminarse el artículo 4 del "Proyecto de 1853".

1. Como es sabido, en 1837 se dictó un decreto con fuerza de ley (una de las llamadas "leyes Marianas") en que se ordenaba fundar las sentencias "*breve y sencillamente*", disponiendo también que el fundamento se redujese "*a establecer la cuestión de derecho o hecho sobre que recae la sentencia, y a hacer referencia de las leyes que le sean aplicables*"<sup>13</sup>. Esta ley, en consecuencia, no considera a la equidad como fuente supletoria en defecto de ley. Tampoco se refirió para nada a ella el decreto con fuerza de ley de 19 de marzo de 1837, que otorgó sanción legislativa a un informe del fiscal de la Corte Suprema, Mariano Egaña, en que se absolvía una serie de consultas promovidas por esa misma corte con ocasión de la ley sobre fundamentación de sentencias de 2 de febrero de ese año<sup>14</sup>.

En 1839, Andrés Bello publicó un artículo destinado a defender el principio, por lo demás entonces ya vigente, de la fundamentación de las sentencias. En contra de una de las objeciones que el autor dice que se formulaban a ese principio, de que la nación se gobernaba "*por un cuerpo de leyes tan vasto y enmarañado*" como el de la legislación castellano-indiana, por entonces aún vigente, que hacía difícil fundar las sentencias, Bello contra-alega que, aun siendo así, es evidente que [p. 121] el juez al fallar, lo tiene que hacer basado en algún motivo obtenido de las leyes, y no "*por una secreta inspiración*", pues "*no hay un poder sobrenatural que mueva los labios, como los de la Pitia, sin el previo trabajo de sentar premisas y deducir consecuencias*". Enseguida, argumenta Bello: "*¿Es su sentencia la aplicación de una ley a un caso especial? Cite la ley. ¿Su texto es oscuro, y se presta a diversas interpretaciones? Funde la suya. ¿Tiene algún vicio el título que rechaza? Manifiéstelo. ¿Se le presentan disposiciones al parecer contradictorias? Concílielas, o exponga las razones que le inducen a preferir una de ellas*". Finalmente, y es esto lo que nos interesa, se pregunta: "*¿La ley calla? Habrá a lo menos un principio general, una regla de equidad que haya determinado su juicio*"<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> La ley en *Boletín de las leyes y de las órdenes y decretos del gobierno* lib. 7 (Santiago, 1841) N° 7, p. 89.

<sup>14</sup> Esta y sus antecedentes en *Boletín* (n. 13), pp. 89 ss.

<sup>15</sup> Bello, A., *Necesidad de fundar las sentencias*, aparecido en *El Araucano* N° 479, de 1° de noviembre de 1839, ahora en *Obras completas, 7: Opúsculos jurídicos* (Santiago, 1932), p. 347.

De esta manera, pues, ya en 1839 concebía Bello la función integradora de la equidad, no obstante lo cual dicha concepción no hubo de manifestarse en una norma puesta en el *Título Preliminar* del "Proyecto de 1841 - 1845".

2. En 1847, don Antonio Varas presentó a la Cámara de Diputados un proyecto de ley sobre el modo de acordar y fundar las sentencias, cuyo artículo 3, después de haber sufrido modificaciones en el curso del debate en la misma Cámara, quedó como sigue: "*Toda sentencia definitiva o interlocutoria, revocatoria o confirmatoria, de la de otro tribunal o juzgado, contendrá: N° 3: Los fundamentos de las resoluciones que el juez formare sobre cada una de las cuestiones de hecho y de derecho que se hubiesen propuesto. Los tribunales sólo podrán sentar como fundamentos de sus sentencias las razones o motivos que hubieren obtenido la aprobación de la mayoría*"<sup>16</sup>.

Pasado el proyecto al Senado, en la sesión de 31 de julio de 1850, el senador Bello propuso la siguiente enmienda para el N° 3 del artículo 3 del proyecto aprobado por la Cámara de Diputados: "*Los hechos y las disposiciones legales, 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*". En su motivación de la en [p. 122] -mienda, Bello explica que con ella no hacía otra cosa que "*agregar una regla con la que siempre se conforman los tribunales al sentenciar las causas*", ya que ellas se deciden primero por las leyes, enseguida, por la costumbre con fuerza de ley y, finalmente, en el caso en que falte ley expresa y costumbre con fuerza de ley, en tal caso "*no habría más arbitrio que fallar según los principios de la razón natural*". Como en el proyecto original se dice que debe resolverse según una disposición legal –agrega– ha creído él conveniente introducir la modificación que propone, ya que aquélla en muchos casos puede faltar.

La enmienda propuesta por Bello fue aceptada unánimemente<sup>17</sup> y, en consecuencia, el artículo 3 N° 3 de la ley sobre el modo de acordar y fundar las sentencias promulgadas en 12 de septiembre de 1851<sup>18</sup> apareció bajo la forma que Bello había propuesto y el Senado aprobado. Con ello, a partir de 1851, la equidad natural, como fuente supletoria de ley (y costumbre) inexistente, quedó incorporada en el derecho propiamente chileno.

3. Sabemos que en el *Proyecto de Código Civil* de 1853 Bello incorporó como artículo 4 una disposición en que la equidad aparece cumpliendo la misma función con que figura en la ley de 1851. Los términos de dicho artículo son diferentes de aquellos del artículo 3 N° 3 de esta ley; pero, con el agregado en el proyecto de código de la analogía como fuente para sentenciar a falta de ley o de costumbre con fuerza de ley, y de los principios generales de derecho, la similitud entre el citado artículo de la ley de 1851 y el 4 del "Proyecto de 1853", es evidente. Lo más probable es que cuando Bello propuso al Senado la nueva redacción para el artículo 3 N° 3 del proyecto de ley sobre el modo de acordar y fundar las sentencias, esto es, el 31 de julio de 1850, el artículo 4 del "Proyecto de 1853" no estuviera aún redactado, cómo es que en el primero no incorpora la analogía, que sí incorporó en el proyecto de código; la idea de hacerlo debió, pues, ser posterior a julio de 1850. Pero esto no obliga a pensar en que las fuentes usadas por Bello para las "*razones de equidad natural*" del artículo 3 N° 3 de la ley de 1851 han sido distintas de las posteriormente usadas para el artículo 4 del "Proyecto de 1853", a saber, [p. 123] Delvincourt, según antes hemos

<sup>16</sup> *Sesiones del Congreso Nacional de 1848*, N° 4, Cam. de Diputados, Sesión 5ª, en 14 de junio, pp. 43 - 44.

<sup>17</sup> Todo lo anterior en: Bello, A., *Obras completas*, XVII: *Labor en el Senado de Chile* (Caracas, 1958), pp. 535 s.

<sup>18</sup> La ley en *Boletín* (n. 13), lib. 19, N° 9 (Santiago, 1851), pp. 522 ss.

concluido. Es un hecho cierto, que he podido comprobar en otra ocasión<sup>19</sup>, que Bello ha manejado la obra de este autor por lo menos desde 1842, porque ella está en la base del proyecto de lo que posteriormente sería el título 1º del libro IV del código, proyecto discutido por la comisión codificadora el día 29 de marzo de 1842<sup>20</sup>.

Ya hemos visto que la Comisión Revisora del "Proyecto de 1853" eliminó el artículo 4 del mismo proyecto, habiéndose alegado por algunos de sus miembros que una disposición así era "*más propia del Código de Enjuiciamiento*". No faltaba razón a aquellos, puesto que, en realidad, el contenido de ese artículo 4, como vimos, ya figuraba en el artículo 3 N° 3 de la ley de 2 de septiembre de 1851, ley esa de claro contenido procesal.

4. Como se sabe, la codificación del derecho procesal, coronada por el Código de Procedimiento Civil de 1902, comenzó propia y directamente con el proyecto de libro I del Código de Enjuiciamiento Civil elaborado por don Francisco Vargas Fontecilla, editado en 1867. Su artículo 167, concerniente a los requisitos de las sentencias, disponía en su N° 4 que ellas debían contener: "*La enunciación de las razones que sirvan de fundamento al fallo y de las leyes con arreglo a las cuales se pronuncia*"<sup>21</sup>. Al discutir este artículo la Comisión Revisora del "Proyecto de 1867", creada en 1873, uno de sus miembros, don José Bernardo Lira, expresó: "*que la ley vigente daba reglas más precisas, las cuales convendría trasladar aquí con ligeras modificaciones*". La comisión aceptó este parecer y encargó a Lira dar una forma conveniente al artículo<sup>22</sup>.

Al hablar aquél de "*ley vigente*", es indudable que se refería a la de 2 [p. 124] de septiembre de 1851, cuyo artículo 3 estaba precisamente consagrado al tema de los requisitos de las sentencias. Ello explica que el artículo 161 del *Proyecto de Código de Enjuiciamiento Civil* de 1884, producto de la revisión cumplida por la citada comisión sobre el "Proyecto de 1867", el cual artículo 161 corresponde al 167 de este último proyecto, sea muy similar al artículo 3 de la ley de 1851. No obstante, su N° 4 aparece redactado en estos términos: "*La enunciación de las leyes con arreglo a las cuales se pronuncia*"<sup>23</sup>.

Se aprecia, en consecuencia, que tanto Vargas Fontecilla en su proyecto del año 1867, como el "Proyecto de 1884", por influencia de Lira, han suprimido la equidad natural como fuente de integración de la ley defectuosa, no obstante constituir aquélla derecho vigente al tiempo de redacción de ambos proyectos, y no obstante haber Lira criticado la redacción de Vargas para preferir el derecho vigente. Explicar esta omisión es algo a nuestro juicio imposible de lograr dadas nuestras actuales fuentes, porque las actas de la Comisión Revisora del proyecto de Vargas nada dicen acerca de los motivos de la omisión.

5. El "Proyecto de 1884" fue sometido al examen de una segunda comisión en 1888, de cuyo seno resultó el "Proyecto de 1893", el artículo 192 N° 5 del cual, correspondiente al 161 N° 6 del "Proyecto de 1884", reza: "*La enunciación de las leyes, y en defecto, de los principios de equidad con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo*"<sup>24</sup>. Habiendo sido sometido este "Proyecto de 1893"

---

<sup>19</sup> GUZMÁN, A., *Para la historia de la fijación del derecho civil en Chile durante la república*, VI: *Sobre las fuentes del tit. 1º del libro 4º del Código Civil de Chile y de sus proyectos*, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* 1 (1977), pp. 11 ss.

<sup>20</sup> COOD, E., *Antecedentes* (n. 3), pieza N° 90, p. 60.

<sup>21</sup> VARGAS, F., *Proyecto de código de enjuiciamiento civil*, artículo 167, en LIRA, J. B., *Proyecto de código de enjuiciamiento civil conforme a los acuerdos hasta ahora celebrados por la comisión encargada de su examen* (Santiago, 1884) p. 90.

<sup>22</sup> Todo en: LIRA, J. B., *Proyecto* (n. 21), pp. 118 y 129.

<sup>23</sup> LIRA, J. B., *Proyecto* (n. 21), pp. 46 s.

<sup>24</sup> *Proyecto de Código de Procedimiento Civil* (Santiago, 1893), p. 56.

al Congreso Nacional, la Comisión parlamentaria mixta que lo informó<sup>25</sup>, procedió a aprobar el citado artículo 192 sin modificaciones, de modo que en definitiva quedó incorporado como artículo 193 del Código de Procedimiento Civil, promulgado por la ley 1.552 de 28 de agosto de 1902, y que hoy día forma el artículo 170 del mismo código.

En consecuencia, la introducción de *“los principios de equidad”* como fuente para fundar sentencias en defecto de ley, fue obra de la segunda Comisión Revisora del proyecto de código procesal civil, y [p. 125] apareció en el “Proyecto de 1893”. Desgraciadamente, los borradores de las actas de sesiones celebradas por esta segunda comisión se han perdido<sup>26</sup>, y de este modo tampoco estamos en condiciones de saber cuáles fueron los criterios tenidos a la vista por ella para proceder como procedió.

6. De toda esta evolución legislativa, sin embargo, podemos extraer una conclusión importante: en la historia del derecho chileno republicano, quién por vez primera propuso la sanción legal de la equidad como regla para la integración de leyes defectuosas fue Andrés Bello: extraoficialmente en 1839; oficialmente en 1850, con éxito, a través de la ley sobre el modo de acordar y fundar las sentencias; otra vez oficialmente en el *Proyecto de Código Civil* de 1853, pero sin éxito; lo cual empero careció de importancia mayor, porque esa regla era a la sazón derecho vigente por obra del mismo Bello.

Por razones que desconocemos, en los proyectos de códigos de enjuiciamiento civil de 1867 y de 1884, la regla quedó eliminada, para reaparecer, empero, en el “Proyecto de 1893” y ser sancionada definitivamente en el Código de Procedimiento Civil de 1902.

Pero, como tanto hacia la época de redacción del “Proyecto de 1893”, como hacia la del código de 1902, nuestra regla era derecho vigente en virtud de la ley de 1851, podemos afirmar que ese proyecto y ese código no hicieron otra cosa que tomar una idea legislativa del derecho en vigor, recogiendo lo que había, y conservándolo definitivamente. Por ello no es difícil concluir que las fuentes del artículo 170 N° 5 CPC. se encuentran en el artículo 3 N° 3 de la ley de 2 de septiembre de 1851 sobre el modo de acordar y fundar las sentencias, el cual artículo había sido propuesto por Bello, pues resulta claro que la comisión que dio a luz el “Proyecto de 1893” quiso reaccionar contra el criterio sostenido por la autora del “Proyecto 1884”, que aquélla revisaba, acogiendo en el nuevo código un criterio plenamente establecido por el derecho entonces vigente.

Cierto es que dicho artículo de 1851 habla de *“razones de equidad natural”*, mientras que el 170 N° 5 conoce unos *“principios de equidad”*. Pero esto, a nuestro juicio, no es suficiente para pensar en desligar [p. 126] históricamente el N° 5 del artículo 170 CPC. respecto de la ley de 1851. No creemos, en otras palabras, que los autores del N° 5 del artículo 170 CPC. hayan querido establecer algo distinto de aquello establecido por el autor del N° 3 del artículo 3 de la ley de 1851.

La conclusión de este estudio sobre el artículo 170 N° 5 CPC., pues, es la siguiente: la expresión *“principios de equidad”* que ahí figura en función integradora de la ley defectuosa se conecta históricamente como a su fuente con el artículo 3 N° 3 de la ley de 2 de septiembre de 1851, del cual artículo fue Bello su autor. Como éste fue también autor del artículo 4 del *Proyecto de Código Civil* de 1853, en que la equidad figura cumpliendo la misma función que en la ley de 1851, y la

---

<sup>25</sup> *Actas de la comisión mixta de senadores y diputados encargada de informar sobre los proyectos de códigos de procedimiento civil i criminal* (Santiago, 1901), p. 74.

<sup>26</sup> Véase TORO, D. - ECHEVERRÍA, A., *Reseña histórica*, en *Código de Procedimiento Civil* (Santiago, 1902), pp. 15 -16.

fuentes que utilizó para esa expresión en dicho artículo fue el *Cours* de Delvincourt, podemos también concluir que, en definitiva, la expresión "*principios de equidad*" del artículo 170 N° 5 CPC, reconoce su origen en esa misma fuente.

#### IV. EL SIGNIFICADO DE LA EXPRESIÓN "EQUIDAD NATURAL" EN LAS FUENTES DE LA CODIFICACIÓN

Con estas conclusiones nosotros podemos continuar nuestra comunicación, tratando de explicar el sentido de ambas expresiones a la luz precisamente de la fuente de que han emanado.

1. Una clave muy importante para llegar a nuestro objetivo consiste en saber qué entendía Delvincourt por "*equidad natural*". Su concepto sobre la materia lo encontraremos en el mismo tratado de que Bello recogió la expresión. Delvincourt nos ha dejado un testimonio preciso sobre el punto en la nota 4, puesta a continuación de la expresión "*équité naturelle*" integrante de la frase en que él dice que ella sirve para suplir las leyes mudas, oscuras o insuficientes. Esa nota constituye una verdadera glosa a la expresión, cuyo contenido paso a describir<sup>27</sup>.

[p. 127] Delvincourt creyó oportuno ilustrar el concepto de equidad natural recurriendo a un caso de laguna en el *Code Napoléon*. Este, en su artículo 1426<sup>28</sup>, establece que los actos ejecutados por la mujer casada sin autorización de su marido, no obligan a la sociedad conyugal. Pero nuestro autor se pone en el caso de que un acto así hubiera reportado beneficios a dicha sociedad. ¿Se aplicará estrictamente el tenor literal del artículo 1426? ¿El marido podrá excusarse, esto es, excepcionarse de cumplir las obligaciones emanadas del acto de su mujer celebrado sin su autorización, precisamente porque él no lo autorizó, no obstante que el cumplimiento de la otra parte ahora demandante, había reportado un beneficio a la sociedad conyugal, esto es, al mismo marido? Según Delvincourt, tal es un caso típico de laguna legal. A él le parece que el artículo 1426 sólo discurre sobre la base de que el acto de la mujer casada no autorizada no hubiera reportado beneficio al marido o a la sociedad conyugal; por ello se cree en el caso de aceptar ahí una laguna en la ley que es menester colmar con un recurso a la equidad natural, pues precisamente de comentar esta expresión se trata; es a propósito de ella que él trae a recuerdo el artículo 1426 del *Code Civil*. En consecuencia, ¿qué nos dice la equidad natural acerca de cómo debe resolverse la situación? Según Delvincourt "aunque el caso no haya sido previsto" por la ley "el juez declarará a la comunidad sujeta a la obligación y condenará en consecuencia al marido [su representante] a cumplirla, fundando –agrega– su juicio sobre el principio: "*nemo debet locupletior fieri cum alterius detrimento*" ("nadie debe hacerse más rico en detrimento de otro"). He allí para Delvincourt, pues, un principio de equidad natural a que el juez puede recurrir en defecto [p. 128] de ley, fundando un fallo que ha de gozar de autoridad de cosa juzgada y servir de título a una ejecución.

<sup>27</sup> DELVINCOURT, *Cours* (n. 12), I, p. 12 (de las *Notes et explications*): "*Par l'équité naturelle. Ainsi l'article 1426 porte que les actes faits par la femme, sans le consentement du mari, n'engagent pas la communauté. Cependant, si celui qui a contracté avec la femme non autorisée, peut prouver que la communauté a profité du contrat, que l'argent emprunté, par exemple, a été versé dans le coffre de la communauté, certainement, quoique ce cas n'ait pas été prévu, le juge déclarera la communauté passible de l'obligation, et condamnera en conséquence le mari à l'acquitter; et il fondera ce jugement sur le principe que, nemo debet locupletior fieri cum alterius detrimento; et sur ce que, d'ailleurs, il y a fraude de la part du mari, qui, d'un côté, a converti à son profit le contrat passé par sa femme, et qui, de l'autre, se refuse à l'exécuter, sous prétexte qu'il ne l'a pas autorisée*".

<sup>28</sup> *Code civil des Français*, artículo 1426: "*Les actes faits par la femme sans le consentement du mari, et même avec l'autorisation de la justice, n'engagent point les biens de la communauté, si ce n'est lorsqu'elle contracte comme marchand public et pour le fait de son commerce*".

El principio que Delvincourt considera de equidad natural aparece expresado a través de una frase latina que tiene todo el sabor de una fórmula estereotipada. Y, en efecto, esa frase la encontramos de modo textual en dos pasajes del Digesto del Emperador Justiniano: en Digesto 12, 6, 14<sup>29</sup>, y en Digesto 50, 17, 206<sup>30</sup>.

En consecuencia, cuando Delvincourt glosa la expresión “*équité naturelle*”, ilustrándola a través de un ejemplo concreto, no sabe sino que invocar textos nada menos que del Digesto de Justiniano, esto es, de un libro histórico que, además, ha sido considerado como portador de derecho vigente en Europa desde el siglo XII. La equidad natural para Delvincourt, en este caso al menos, aparece expresada en el derecho romano.

2. En este momento quisiera volver sobre mis pasos, precisamente al código de la Luisiana, cuyo artículo 21, según antes vimos, figura como fuente del artículo 4 del “Proyecto de 1853”. Ya hemos discutido la posibilidad de que dicho artículo hubiera sido fuente de ese artículo 4 en lo referente a la expresión “*equidad natural*” que ahí aparece, y hemos desechado dicha posibilidad, pues tal expresión mejor parece extraída de Delvincourt. En este momento, sin embargo, quisiera hacer presente que, aun cuando se pensare en tomar la expresión “equidad” del artículo 21 del código de la Luisiana como fuente de la “*equidad natural*” del artículo 4 del “Proyecto de 1853”, aún así nos veríamos conducidos a un camino similar al que nos hemos visto conducido analizando las ideas de Delvincourt.

En efecto, las notas sobre fuentes que aparecen en las ediciones corrientes del mencionado código señalan para su artículo 21 las siguientes: “*Code Napoléon, artículo 4*”, con la aclaración “*Déni de justice. Code de [p. 129] Procédure, art. 505 y siguientes hasta el artículo 509. Toullier 1, p. 114*”, y añaden algunos casos judiciales del derecho anglosajón<sup>31</sup>.

Leídos los artículos 4 del Código Civil y 505 a 508 del Código de Procedimiento franceses, se aprecia claramente que en ninguno de ellos figura ni la equidad ni la equidad natural. El artículo 4 del Código Civil sólo señala que el juez que rehúse juzgar a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de ley podrá ser perseguido como culpable de denegación de justicia. De ahí la glosa que sigue a la mención de este artículo en la nota del 21 del código de la Luisiana antes recordada: “*Déni de justice*”. Por su parte, el artículo 505 N° 4 del Código de Procedimiento Civil señala la denegación de justicia como caso en que es procedente la implicancia del juez; el artículo 506 del mismo código define cuándo hay denegación de justicia; el 507 trata de los requerimientos hechos al juez a fin de constituirlo en estado de denegación; y el 508 indica que después de dos requerimientos, el juez podrá ser implicado. Esta conexión del artículo 21 del código de la Luisiana con la denegación de justicia tratada en los citados artículos de los códigos franceses, se explica por el hecho de que la contrapartida de la prohibición al juez de abstenerse de fallar en caso de ley oscura o insuficiente, es la autorización de hacerlo conforme con la equidad; y, en efecto, los comentaristas del artículo 4 del Código Civil francés suelen tratar de la equidad conjuntamente con dicho artículo 4, aunque, como se sabe, en ese código no figura una autorización expresa para recurrir a la equidad.

---

<sup>29</sup> Dig. 12, 6, 14 (Pomponio, lib. 21 *ad Sabinum*): “*Nam hoc natura aequam est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiore*” (“Pues lo siguiente es por naturaleza equitativo: que nadie se haga más rico con daño de otro”).

<sup>30</sup> Dig. 50, 17, 206 (Pomponio, lib. 9 *Ex variis lectionibus*): “*Iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiore*” (“Por derecho de la naturaleza es equitativo que nadie se haga más rico con detrimento y daño de otro”).

<sup>31</sup> Cód. de la Luisiana (n. 11), p. 6.

En todo caso, lo que aquí interesa es verificar que los citados artículos de los códigos franceses no han sido fuente del artículo 21 del código de la Luisiana por lo que respecta al tratamiento de la equidad y de su función en dicho artículo.

En realidad, la fuente que ese código tuvo a la vista para su artículo 21 es Toullier, I, p. 114, también citado en la nota. Esta cita remite al libro de C. B. M. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, I, en cuya página 114, en efecto, leemos: “Pero, aunque la ley sea muda, el juez en los negocios civiles, no está menos obligado a fallar; él deviene un ministro de la equidad; él es la ley parlante, *lex loquens*, y el art. 4 del [p. 130] *Code* dice: [...]”<sup>32</sup>, copiando enseguida el ya antes recordado texto correspondiente a ese artículo sobre la denegación de justicia. Bien analizado este texto y comparado con la primera parte del artículo 21 del código de la Luisiana, se aprecia que en éste vienen repetidos todos los elementos de aquél:

Toullier, <i>Droit civil</i> , I, p. 114	CC. de la Luisiana, art. 21
Mais quoique la loi soit muette, le juge, dans les affaires civiles, n'en est pas moins obligé de prononcer; il devient un ministre d'équité [...]	Dans les matières civiles, à défaut de loi précise, le juge  est obligé de procéder conformément à l'équité.

También la segunda parte de este artículo tiene la misma fuente, como lo demuestra la siguiente confrontación:

Toullier, <i>Droit civil</i> , I, p. 116	CC. de la Luisiana, art. 21
D'abord l'équité qui est le retour à la loi naturelle,  l'usage qui est le supplément le plus naturel des lois.	[...] pour décider suivant l'équité, il faut recourir à la loi naturelle et à la raison, ou aux usages reçus, dans le silence de la loi primitive.

3. Una vez determinada la fuente de la expresión “*equidad*” usada en el artículo 21 del código de la Luisiana, veamos qué concepto tenía de ésta su fuente, esto es, Toullier. La respuesta nos viene dada en la página 116 de su libro ya citado: “Por lo que respecta a la equidad, se ha dicho en todos los tiempos que ella era el suplemento de las leyes; y nada es más justo ni verdadero, con tal que la equidad sea dirigida por la ciencia sin la cual el magistrado debe temblar antes de sentarse en el templo de la justicia, y sin la cual el espíritu no hará más vagar en [p. 131] la búsqueda de un fantasma de equidad puramente imaginario/. Sobre todo es en los escritos de los jurisconsultos romanos en donde él encontrará guías seguros y reglas de decisión infalibles. Este solo libro [se refiere al *Corpus iuris civilis*], como lo observa D'Aguesseau, desenvuelve sin tropiezo los primeros

<sup>32</sup> TOULLIER, C. B. M., *Le droit civil français suivant l'ordre du Code* (Paris, 1819), I, p. 114: “*Mais quoique la loi soit muette, le juge, dans les affaires civiles, n'est pas moins obligé de prononcer; il devient un ministre d'équité; il est la loi parlante, lex loquens, et l'article 4 du Code porte: 'Que le juge que refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice'*” [Adición del A.: véase el núm. 11 del artículo 1 del tit. 5º del *Livre préliminaire* del Proyecto de Código Civil francés del año VIII (1800), citado en la adición del A. a la nota 11, y la presencia de la fuente ahí transcrita en los dichos de Toullier].

principios y las últimas consecuencias del derecho natural. Desdichado el magistrado –dice él– que no tema preferir su sola razón a aquélla de tantos grandes hombres; y que sin otra guía que la audacia de su genio, se lisonjee de descubrir con una simple mirada y de percibir con el primer golpe de vista la vasta extensión del derecho”<sup>33</sup>.

Este texto de Toullier sobre la equidad nos muestra de inmediato la comunidad existente entre sus ideas y las de Delvincourt. En síntesis, aquél había dicho: el juez puede recurrir a la equidad para colmar la ley insuficiente; pero la equidad a que él debe recurrir es aquella dirigida por la ciencia; en el entendido de que esta dirección a la equidad se encuentra sobre todo en los libros del derecho romano, o sea, en el *Corpus iuris civilis*. De modo analítico, esto es lo mismo que a través de un ejemplo dijo, o mejor, hecho Delvincourt, cuando, en la necesidad de colmar una laguna por él vista en el artículo 1426 del *Code Civil*, a través de un recurso a la equidad, acude él precisamente al derecho romano, a un texto del *Corpus iuris civilis*.

Para apreciar el significado histórico de estas teorías de Delvincourt y Toullier, es preciso tener en cuenta que ambos han estado en los comienzos de la escuela de la exégesis y, más aún, que pertenecen [p. 132] al grupo de sus fundadores<sup>34</sup>. Con ellos ya estamos en presencia de aquella generación que había visto realizado el secular proyecto de reemplazar al viejo *Corpus iuris civilis* justiniano, que databa del siglo VI d. C., por un nuevo código; ese código era naturalmente el *Code Civil*, que en 1804 había por lo demás derogado al derecho romano. Estos exegetas, pues, pese a las nuevas condiciones legislativas, han aceptado, en primer lugar, un recurso del juez a la equidad; y en segundo lugar, han identificado la equidad con el derogado derecho romano.

Con esto, creo yo, hemos llegado a lo medular de nuestra comunicación porque, en efecto, la expresión “*equidad natural*” a través de sus fuentes directas, esto es, el tomo I, pág. 8 del *Cours* de Delvincourt; y también llamémoslas indirectas o meramente reforzadoras, o sea, las páginas 114 y ss. del tomo I del *Droit civil* de Toullier, nos ha llevado nuevamente, en contra de lo que acaso podríamos haber esperado, a un derecho histórico, que ha sido derecho vigente desde luego en la antigua sociedad romana que le dio vida, pero –y es ahora lo que nos importa– también en Francia en su época, donde los libros de Toullier y Delvincourt vieron la luz; y en Chile, para el cual el artículo 24 CC. fue escrito; habiendo durado esa vigencia hasta el día anterior mismo en que entraron en vigencia los códigos de Napoleón y de Bello, respectivamente. Del derecho positivo, pues, a través de las expresiones “*equidad*” o “*equidad natural*”, hemos vuelto al derecho positivo. ¿Qué misterio histórico encierra este retorno?

## V. CONFLICTO ENTRE DERECHO Y EQUIDAD EN LOS GLOSADORES

Nadie mejor que los glosadores han discutido el tema de las relaciones entre equidad y derecho positivo. Estas relaciones pueden presentarse bajo alguna de las siguientes posibilidades: en el

---

<sup>33</sup> TOULLIER, *Droit civ.* (n. 32), I, p. 116: “*Quant à l'équité, on a dit dans tous les temps qu'elle était le supplément des lois; et rien n'est plus juste et plus vrai, pourvu que l'équité soit dirigée par la science sans laquelle le magistrat doit trembler de siéger dans le temple de la justice, et sans laquelle l'esprit ne fera que l'égarer dans la recherche d'un fantôme d'équité purement imaginaire. / C'est sur-tout dans les écrits des jurisconsultes romains qu'il trouvera des guides sûrs et des règles de décisions infaillibles. Ce livre seul, comme l'observe d'Aguesseau, développe sans peine les premiers principes et les dernières conséquences du droit naturel. Malheur au magistrat, dit-il, qui ne craint pas de préférer sa seule raison à celle de tant de grands hommes; et qui, sans autre guide que la hardiesse de son génie, se flatte de découvrir d'un simple regard, et de percer du premier coup-d'oeil la vaste étendue du droit!*”.

<sup>34</sup> BONNECASE, J., *La escuela de la exégesis en derecho civil* (trad. Cajica, México, 1944), pp. 37 ss.

conflicto entre equidad y derecho positivo, o bien se da preeminencia a la equidad, o bien se da preferencia al derecho positivo. La primera preferencia implica una reforma del derecho que se considera contrario a la equidad; la segunda, un desechar el dato arrojado por la equidad manteniendo aquél presentado por el derecho positivo. La cuestión fue debatida, como digo, ya entre los glosadores del siglo XII y, como tenía que resultar natural, las escuelas se dividieron: mientras la encabezada por el jurista Búlgaro en tal conflicto defendía la preferencia por el derecho positivo; la capitaneada por el jurista Martino Gosia sustentaba en igual caso la preferencia por la equidad. No es ésta la ocasión para extendernos sobre los detalles de la controversia<sup>35</sup>, ni para explicar los supuestos de que estos juristas partían, que, como era peculiar a su método, estaban basados todos en textos del *Corpus iuris civilis*, en el cual efectivamente algunos pasajes parecen inclinarse por la tesis *pro aequitate*, mientras que otros por la tesis *pro iure*. Aquí nos basta con recordar que la opinión sustentada por la escuela de Búlgaro llevó en la polémica la mejor parte, pues históricamente los juristas de las épocas medieval y moderna, yo casi me atrevería a decir que unánimemente, han estado por defender que en el conflicto entre equidad y derecho, el juez y el intérprete deben dar preferencia al último. Si esto fue así, como creo que lo fue, compete analizar el estilo de razonamiento de la opinión históricamente triunfante que en definitiva remonta a Búlgaro.

2. Entre estos juristas del siglo XII era una especie de lugar común distinguir dos conceptos iniciales a todo planteamiento sobre lo jurídico: la *aequitas rudis* y la *aequitas constituta* o *ius*. Ambos, por supuesto, suponían un concepto común, precisamente el de *aequitas*, que ellos definían al modo ciceroniano como "un equilibrio entre las cosas, que todo lo equipara, y que para casos iguales postula igual derecho"<sup>36</sup>.

[p.134] Esta equidad –decían nuestros juristas– puede encontrarse en dos estados: rudo y constituido. Equidad ruda es aquella cerca de la cual nada se ha dicho aún; se trata de una equidad no formulada ni descrita por las fuentes, que todavía permanece en estado bruto. Equidad constituida, en cambio, es aquella ya definida y transformada en preceptos; se trata, en otras palabras, del derecho, de tal modo que este último no es otra que la equidad misma, definida y descrita por las fuentes<sup>37</sup>. En principio, pues, hay coincidencia entre equidad (ruda) y derecho; pero sólo en

<sup>35</sup> Sobre esto, véase: LEFEBVRE, Ch., *Les pouvoirs du juge en droit canonique* (París, 1938), pp. 170 - 178; MEIJERS, E. M., *Le conflit entre l'équité et la loi chez les premiers glossateurs*, en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 17 (1941), p. 117 - 135; ROTA, A., *La concezione irneriana dell'aequitas*, en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* 26 (1949), pp. 241 - 257; BOULET-SAUTEL, M., *Équité, justice et droit chez les Glossateurs du XII<sup>ème</sup> siècle*, en *Récueil de Mémoires et Travaux publiés par la Société d'Histoire du Droit et des Institutions des Anciens Pays de Droit Écrit* 2 (1951), pp. 1 - 11; LANGE, N., *Ius aequum und ius strictum bei den Glossatoren*, en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung rom. Abt.* 71 (1954), pp. 319 - 347.

<sup>36</sup> Cic., *top.* 4, 24; *pro Caec.* 21, 61. Esta definición es repetida por casi todos los primeros glosadores; baste aquí citar a IRNERIUS, *Summa codicis, De nomine libri et materia* 3. Véase nota siguiente.

<sup>37</sup> IRNERIUS, *Summa codicis, De nomine libri et materia* 3 (ed. Fitting, p. 3): "*In promulgatione materia est aequitas –rudis seu iam constituta–, sive illud quod pro lege et iure habetur. Equitas quidem hic operi materiam prebet: ea ratione quid sit aequitas videndum est. Equitas enim est rerum convenientia, quae cuncta coequiparat <et in paribus causis paria iura desiderat>. Quae et iustitia est ita demum, si ex voluntate redacta sit: quicquid enim aequum, ita demum iustum, si est voluntarium. Rudis aequitas est de qua nondum quicquam dictum erat, set per principes tantum ad sanctionem redacta est, ut in rebus divinis. Equitas constituta est de qua iam tractatum erat, veluti a lege XII tabularum vel a populo vel a plebe <vel> a senatoribus vel a praetoribus. Pro lege et iure servantur ut ultime voluntates deficientium seu legitime voluntates contrahentium"* ("Tratándose de la promulgación de esta obra, su materia concierne a la equidad –sea ruda sea ya constituida– y a aquello que se tiene por ley y derecho. Así, pues, es la equidad la que da su materia a esta obra, y por tal razón hay que ver qué sea la equidad. Esta es un equilibrio entre las cosas, que todo lo equipara <y que para casos iguales postula igual derecho>. La cual es también justicia sólo si resulta redactada por la voluntad, pues todo lo que es equitativo, sólo es justo si es voluntario. La equidad ruda es aquella de la cual nada se había dicho aún, pero que únicamente por

principio, porque en la realidad puede darse un conflicto entre ambos. Este conflicto es descrito del modo más ingenuo, pero al mismo tiempo más fresco y claro que puede concebirse, por el glosador Azo a fines del siglo XII, en el siguiente pasaje de su *Lectura super Codicem*, en donde dice él: “Cierto es que en el derecho escrito [sc. el derecho romano] hay muchas cosas buenas y equitativas, por lo cual se dice que el derecho es el arte de lo bueno y equitativo. Pero nadie dudará que quienes elaboraron el derecho, siendo hombres, pudieron errar; más aún, que ello debió acontecer necesariamente, porque man- [p. 135] tener todo en la memoria y no engañarse absolutamente en nada, eso es más propio de Dios que de los hombres”<sup>38</sup>.

Cuando, en concreto, se produce este conflicto entre *aequitas rudis* y *aequitas constituta* o *ius*, la mayoría de los juristas ha optado por esta doble solución: tratándose del juez y del intérprete, ellos deben dar preferencia al *ius*; tratándose del legislador, él puede modificar el *ius*, esto es, transformar la *aequitas rudis* en *aequitas constituta*, hacer nuevo derecho. En síntesis, la superación del conflicto en favor de la equidad ruda sólo corresponde al autor del derecho, no a su aplicador, no a su expositor. Esta solución es también señalada por Azo, en la continuación del texto que antes hemos transcrito, cuando escribe: “Así, pues, si los hombres han errado mucho al constituir el derecho, sólo al príncipe es lícito hacer una interpretación, cuando la equidad ruda, que aún se encuentra fuera de los límites de la justicia constituida, la contradice”<sup>39</sup>. Textos como éste podríamos citar por decenas.

3. ¿Por qué ha prevalecido en definitiva este tipo de solución en contra de aquella otra auspiciada por Martino, para quien el juez o el intérprete podían por sí, sin esperar una decisión del legislador, modificar el *ius iniquum*? La razón profunda de esta opción proviene del principio de seguridad: cierto es que en el caso de ese conflicto la ecuación establecida entre equidad y derecho se muestra no ser exacta; pero también resulta cierto que hay un dato con el cual contar, precisamente el de unas fuentes que describen relaciones jurídicas entre los hombres, creando derechos y expectativas, acusando de injustas a las cuales se introduce una cuña de inseguridad e incertidumbre, que al fin y al cabo también es constitutiva de iniquidad. Además, y es esto lo más importante, ¿quién es el llamado a decidir cuándo el derecho constituido es inequitativo, cuándo contrario a la equidad? ¿El juez, el intérprete? Esta posibilidad los glosadores la han criticado porque, han dicho, entregar al juez y al intérprete la facultad de juzgar al derecho constituido bajo pretexto de aparecer contrario a la equidad, importa el peligro de que los intereses particulares resulten elevados al rango prestigioso de la equidad y sirvan para subvertir el derecho constituido. [p. 136] Se corre el peligro –han dicho– que aquello que se presenta como expresión de la equidad no sea más que una “equidad cerebrina”, esto es, subjetiva, extraída de meras alucinaciones; o que sea una “equidad bursátil”, sacada de la bolsa particular de cada uno, o, diríamos hoy, de “debajo de la manga”; y que resulte nada más que un sentimiento cordial, afectivo o retórico,

---

los príncipes es reducida a una prescripción, como en las cosas divinas. La equidad constituida es aquella de la cual ya se había tratado, como en la ley de las XII Tablas o por el pueblo, o por la plebe <o> por los senadores o por los pretores. Lo que se observa como ley y derecho se da como en las últimas voluntades de quienes fallecen y en las legítimas voluntades de los que contratan”).

<sup>38</sup> Azo, *Lectura super Codicem*, in lib. 1, tit. 14, 1, 1 (ed. París, 1577, p. 39. Me excuso de reproducir el original latino para no sobrecargar este aparato [Adición del A.: el texto latino reza así: “*Est enim certum quod in iure scripto multa sunt bona, multa sunt aequa, unde etiam ius ars boni et aequi. Nulli temen venit in dubium, quod illi, qui iura compuserunt, homines fuerunt et quod errare potuerunt. Imo et hoc aliter esse non potuit: quia omnium habere memoriam et in nullo penitus peccare, divinitatis potius est quam humanitatem*”).

<sup>39</sup> Ibidem [Adición del A.: el texto latino reza así: “*Si ergo ipsi erraverunt nimis dure constituendo in iure, solo principi licet interpretationem facere, si aequitas rudis, quae adhuc est in finibus iustitiae constituta, contra suadet*”).

obtenido *de corde suo, ex ingenio suo*; en síntesis, una apariencia de equidad, que puede esconder nada más que puros intereses particulares que en sí mismo pueden ser muy reprochables<sup>40</sup>. Ante este peligro, pues, los glosadores de la escuela de Búlgaro y sus sucesores han retrocedido, y han declarado que no corresponde ni al juez ni al intérprete juzgar al derecho constituido bajo pretexto de ser contrario a la equidad; y han declarado que al único a quien corresponde hacer tal juzgamiento, que, en otras palabras, conduce a una modificación del derecho constituido, y a la transformación de la *aequitas* en *ius*, es al emperador, esto es, al autor del *ius*.

Para entender adecuadamente esta posición de los juristas medievales, es necesario tener en cuenta que cuando ellos hablan de derecho no están pensando en el derecho en abstracto, sino concretamente en el derecho que ellos encontraban en el *Corpus iuris civilis* justiniano. De este modo, cuando ellos dicen que el derecho normalmente coincide con la equidad, lo que dicen es que normalmente el derecho romano coincide con aquélla; cuando se ponen en el caso de un conflicto entre ésta y el derecho, se están poniendo en el caso de un conflicto concreto entre el romano y aquélla; finalmente, no hablan ellos del legislador en general como único intérprete superador del derecho inico, sino en concreto del emperador romano-germánico, sucesor directo del Justiniano, el autor del *Corpus iuris civilis*. Esto, porque para los juristas medievales no hay otro derecho verdadero que el romano.

4. A estos juristas, sin embargo, se les presentaba el siguiente problema: que algunos textos del *Corpus* parecen autorizar ellos mismos un recurso a la equidad en contra del derecho. Así, por ejemplo, Cod. lust. 3, 1, 8: "Plugo que en todo prevaleciera la razón de la justicia y la equidad por sobre la del derecho estricto"; o bien Dig. 50, 17, 90: "En [p. 137] todo y máxime en el derecho debe estarse a la equidad". Nuestros juristas han salvado esta dificultad acudiendo a un nuevo concepto, al de "equidad escrita"<sup>41</sup>; y han interpretado que cuando textos como los anteriores hablan de equidad, se están refiriendo, no a la equidad ruda, sino a la equidad escrita. Es difícil precisar con exactitud qué entendían ellos por tal. Pero de los ejemplos de equidad escrita que ellos suelen presentar se desprende que pensaban en la serie de recursos jurisdiccionales provenientes del derecho pretorio, a que se hace mención en el *Corpus iuris civilis*, recursos éstos que, como es sabido, se caracterizaban por su flexibilidad frente al mayor rigor de las instituciones del derecho civil. Así, en el fondo, la equidad escrita viene a significar la autorización de aplicar ese tipo de recurso por analogía a situaciones no previstas por el *Corpus iuris civilis*, operando como hubiera operado el pretor de la antigua Roma, para aminorar una solución dura o más rígida de los textos del derecho civil.

En todo caso, esta nueva posibilidad abierta al juez y al intérprete aún se mueve en el campo del *ius*, porque al fin y al cabo los recursos jurisdiccionales del antiguo pretor, como la *in integrum restitutio*, las acciones útiles, las acciones *in factum*, ciertas acciones como la de dolo o de fuerza, etc., aparecen en el *Corpus iuris civilis* mismo, y son derecho escrito, son equidad constituida, y están lejos de ser invenciones extraídas del cerebro de cada cual.

---

<sup>40</sup> Véase SCHOTT, C., *Aequitas cerebrina*, en *Rechtshistorische Studien Hans Thieme zum 70. Geburtstag zugeignet von seinen Schülern* (Koeln - Wien, 1977), pp. 132 ss. Este estudio no se limita a la época medieval y se extiende incluso hasta la moderna.

<sup>41</sup> Véase la literatura citada más arriba en la nota 35.

## VI. EL DERECHO ROMANO COMO EXPRESIÓN DE LA EQUIDAD

1. Para los glosadores, ya lo hemos indicado, no hay más derecho que el del *Corpus iuris civilis*. Sus sucesores, los comentaristas, con visión más cercana a la realidad de su tiempo, asumirán, en cambio, la existencia de los ordenamientos municipales: los *statuti* de las ciudades italianas, también el derecho feudal. En todo caso, este mundo de juristas medievales discurría sobre la base de ser el *Corpus iuris civilis* un derecho vigente en el Imperio Romano, cuya cabeza, el emperador alemán, era considerado el sucesor directo del autor del *Corpus iuris civilis*: Justiniano. Pero fuera del Imperio, por ejemplo, en España, en Francia, en las tierras de la iglesia, la situación de ese derecho era distinta, porque, considerándose [p. 138] estos reinos independientes del Imperio, y no reconociendo a su cabeza como superior temporal, tenían que rechazar que la ley imperial romana fuera propiamente ley en su interior. Esta actitud política es muy antigua, y remonta por lo menos al siglo XII; pero durante la baja Edad Media, la consecuencia concerniente al derecho romano que hemos indicado, tuvo un valor más teórico que práctico: los reyes y los juristas nacionales no dejan de reiterar que el derecho romano no es ley en sus reinos; pero no dejan al mismo tiempo de tolerar su aplicación en el mismo modo en que lo aplicaban los juristas del imperio<sup>42</sup>.

A fines de la Edad Media, esta actitud puramente teórica tendió a variar. La realidad de los ordenamientos nacionales se impuso: en Francia, por ejemplo, las *coutumes* han comenzado a ser redactadas desde mediados del siglo XV; en España están los cuerpos de derecho real. Estos ordenamientos nacionales se presentaron, así, como los únicos válidos en el interior de cada reino, cobrando relieve práctico la antigua teoría de la no-vigencia del derecho romano en ellos.

Pero había otra realidad no menos importante: que ese derecho nacional no era completo, ni siquiera suficiente, presentaba numerosas lagunas, a veces se limitaba a insinuar soluciones y a bosquejar instituciones, y su aplicación, por ende, dejaba subsistente una infinidad de problemas, sin contar con que dichos ordenamientos no siempre eran perfectos en su diseño conceptual y literario, lo que exigía un especial esfuerzo de interpretación. Con ello resultaba inevitable que el derecho romano, a pesar de todo, continuara manteniendo un papel de suma importancia en la vida jurídica de los reinos independientes del Imperio. Se intentó dibujar y explicar esta posición, sin embargo, de un modo diferente al medieval. En definitiva, el derecho romano conserva su valor supletorio, pero no a título de derecho común –y ni siquiera de derecho, porque el verdadero derecho resulta ser el nacional–, sino a título de equidad, a la cual recurrir en defecto de la ley nacional o para interpretarla. Esta identificación entre derecho romano y equidad, pues, ha servido para explicar la nueva posición de aquél en el sistema de fuentes de cada reino, y para justificar el uso [p. 139] de ese derecho, que en principio no debía usarse por ser un derecho extranjero.

Esta teoría ha dominado la época moderna. Para ilustrarla aquí nos valdremos de algunos autores franceses<sup>43</sup>, advirtiendo que también podríamos recurrir en igual sentido a españoles, italianos o alemanes. Si citamos aquí a los franceses es porque a través de ellos llegaremos directamente a nuestros ya conocidos Toullier y Delvincourt.

---

<sup>42</sup> Me he ocupado de este tema por lo que respecta a Francia, en mi libro *Ratio scripta* (en prensa) [Adición del A.: editado en Frankfurt am Main, Klostermann, 1981]) del cual podrá verse un resumen en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 4 (Valparaíso, 1979), pp. 135 ss.

<sup>43</sup> En todo caso he escogido sólo a algunos de los muchos que he tratado en mi libro citado más arriba en la nota 42.

Así, en una ordenanza de 1312, el rey Felipe IV el Hermoso, reglamentando los estudios en la Universidad de Orleans, declara querer que se enseñe ahí el derecho romano "[...] a fin de favorecer la doctrina de la equidad y de la razón, por la cual se acostumbra a juzgar en el reino las causas forenses, cuando faltan los precedentes, las leyes reales de nuestros antecesores y nuestras [...] y no se encuentra una costumbre cierta con la cual juzgar"<sup>44</sup>.

Una posición semejante sustentará siglos después el humanista François le Duaren (1509 - 1559): partiendo él de la célebre definición romana del derecho como arte de lo bueno y equitativo, dice este jurista que un arte así se encuentra encerrado en las Pandectas, y que el conocimiento de este arte es necesario en aquellos países que, sin regirse por las leyes romanas, se rigen por leyes propias, para que pueda juzgarse mejor a través de estas últimas, ya que el derecho romano permite interpretarlas equitativamente<sup>45</sup>.

El *coutumiere* François Dumoulin (1500 - 1566) afirma, por su parte, que en defecto de las costumbres debe recurrirse al derecho romano "no porque alguna vez hayamos sido súbditos del gran Justiniano o de sus sucesores, sino porque ese derecho fue ordenado componer por aquél a sapientísimos varones, y es tan equitativo, tan racional y perfecto, que ha llegado a ser común por el uso y la aprobación de casi todos los pueblos cristianos"<sup>46</sup>.

También el legista Carondas le Caron (1536 - 1617) funda el uso del derecho romano en que "de las leyes de todas las antiguas repúblicas ninguna se encuentra más justa, más política ni más racional, que aquéllas escritas en los libros de derecho romano". Para Caron, de esas leyes se puede obtener un criterio "para administrar bien y justamente el derecho [se entiende el derecho nacional francés] y dar a cada uno lo suyo"<sup>47</sup>.

El célebre Jean Domat (1625 - 1696) de modo reiterado afirma en sus obras que "los libros del derecho romano son el depósito de las reglas naturales de la equidad"; o bien que "las reglas que se sacan de las decisiones incorporadas en el derecho romano [...] tienen el carácter de ley natural por los principios de equidad natural de donde ellas han sido extraídas". Para Domat, tal es el motivo por el cual debe acatarse el derecho romano, pues él tiene entonces "la misma autoridad que tienen la justicia y la equidad sobre nuestra razón"<sup>48</sup>.

El profesor de derecho francés François de Boutaric (1672 - 1733) afirma que es necesario respetar en las leyes romanas "no el poder por el cual ellas han sido emanadas, sino la razón y la sabiduría que las ha dictado", pues ellas no son otra cosa que "las reglas naturales de la equidad"<sup>49</sup>.

3. ¿Para qué seguir? Podríamos citar a decenas y decenas de autores con doctrinas semejantes a las de quienes hemos recordado hasta ahora; lo propio hay que decir respecto de otros países. Es mejor partido intentar resumir del modo siguiente la esencia de esa doctrina común: la equidad es

---

<sup>44</sup> El texto latino se ve en JOURDAN - DECRUSY - ISAMBERT, *Recueil général des anciennes lois françaises* (París, s. d.), III, pp. 22-23 [Adición del autor: el texto latino reza así: "[...] *ad doctrinam aequitatis et rationis fovendam, per quas in causis forensibus Regni huius judicari consuevit, ubi judicia, constitutiones seu ordinationes progenitorum nostrorum et nostrae [...] et consuetudo certa non reperiat ex qua fuerit judicandum*"].

<sup>45</sup> Sobre los textos citados puede verse mi trabajo *Derecho romano y equidad en F. le Duaren*, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 48 (Madrid 1978), pp. 615 ss.

<sup>46</sup> DUMOULIN, Ch., *Prima pars commentariorum in consuetudines Parisienses*, en *Omnia quae extant opera* (París, 1681), I, p. 23.

<sup>47</sup> C. LE CARON, *Responses*, lib. 3 comm. *Sur l'édit secondes nop.* (ed. París, 1612), p. 8; *Pandectas*, lib. 1, cap. 2 (ed. París, 1607), p. 12.

<sup>48</sup> DOMAT, Jean, *Traité des loix*, préface; *ibid.*, cap. 11, párr. 29; *ibid.*, cap. 13, párr. 9.

<sup>49</sup> BOUTARIC, F., *Institutes de Justinien conférées avec le droit Français* (ed. Toulouse, 1740), p. xi.

un criterio al cual debe recurrirse para colmar lagunas del derecho nacional o para interpretarlo; pero a la equidad no se llega directamente, sino a través del derecho romano, porque es este derecho el que mejor la ha expresado históricamente a través de sus prescripciones. Los juristas de los siglos XVII y XVIII han sintetizado esta última idea a través de la expresión “razón escrita” aplicada [p. 141] al derecho romano, y ella estuvo todavía presente cuando se discutió en el seno del Consejo de Estado el artículo 7 de la ley de 30 de Ventoso del año XII, que derogaba el derecho romano en Francia junto a todo otro derecho, en correlación con la puesta en vigencia del Código Civil. Entonces se propuso mantener la vigencia del antiguo derecho para recurrirse a él en los casos no previstos por el nuevo código. Bigot-Préameneu, uno de los redactores de dicho código, se opuso porque ello implicaba dejar subsistente la antigua diversidad, pero añadió: “el derecho romano tendrá siempre la autoridad de la razón escrita; y podrá recurrirse a él por lo que respecta a las máximas de equidad que contiene”<sup>50</sup>. Con esto quedaba claro que pese a la derogación formal de que era objeto el derecho romano, esa derogación no podía alcanzarlo en cuanto “razón escrita”, en cuanto depósito de la equidad.

4. Después de esta exposición, se comprenderá cuán afincados en la tradición anterior se encontraban los exégetas Toullier, fuente del artículo 21 del código de la Luisiana, y Delvincourt, fuente del artículo 4 del “Proyecto de 1853”, y también de su artículo 23, ahora 24 del Código Civil. Recordemos algunas frases del primero: “Por lo que respecta a la equidad, se ha dicho en todos los tiempos que ella es el suplemento de las leyes; y nada es más justo ni más verdadero, supuesto que la equidad sea dirigida por la ciencia, sin la cual el magistrado debe temer sentarse en el templo de la justicia, y sin la cual el espíritu no haría otra cosa que desvariar en la búsqueda de un fantasma de equidad puramente imaginario”. La expresión “fantasma de equidad puramente imaginario”, ya se habrá comprendido, es la forma que tiene Toullier para aludir a lo que los medievales llamaban “equidad cerebrina” o “bursátil”. Y continúa: “Es sobre todo en los escritos de los jurisconsultos romanos que él [sc. el juez] encontrará guías seguras y reglas de decisión infalibles”<sup>51</sup>. Recordemos también que Delvincourt, sin presentar un discurso semejante al de Toullier, al poner un ejemplo de recurso a la equidad natural para colmar un vacío en el código francés, en el fondo opera aplicando los mismos principios que Toullier había expuesto por su parte, porque aquél no hace otra cosa que recurrir a [p. 142] textos del derecho romano, so pretexto de acudir a la equidad natural<sup>52</sup>.

## VII. CONCLUSIÓN

La “equidad natural” del Código Civil y los “principios de equidad” del Código de Procedimiento Civil, pues, son expresiones cuyo contenido presenta un rancio abolengo en la historia del derecho occidental. A través de las fuentes de que ellas han sido tomadas nos hemos visto conducidos insensiblemente a entroncarnos con una constante tradición, que puede resumirse en esto: cuando, en defecto de ley o para interpretarla, se hace necesario recurrir a la equidad, a lo que debe recurrirse es al derecho romano, trasunto de aquélla.

---

<sup>50</sup> Estos datos los he recogido de MERLIN, *Dizionario universale* (Venezia, 1840), II, s. v. *ragione scritta*, p. 528.

<sup>51</sup> Véase más arriba IV, 3.

<sup>52</sup> Véase más arriba IV, 2.

Nuestro problema es decidir si estamos dispuestos a aceptar esta interpretación de las expresiones "*equidad natural*" y "*principios de equidad*" de nuestros códigos, o no. ¿Diremos que para interpretar la ley oscura, en el caso señalado por el artículo 24 CC., y para integrar la ley defectuosa, en el caso del artículo 170 N° 5 CPC., lo que tenemos que hacer es recurrir al derecho romano? La historia de esas expresiones así nos lo indica. ¿Pero estamos dispuestos a aceptar esta conclusión?

Para decidir el problema, yo hago notar lo siguiente: que cuando los medievales han desechado un recurso del juez y del intérprete a la equidad ruda, por el peligro de que el resultado no fuese más que la presentación bajo el prestigioso entorno de la equidad, de no otra cosa que de un sentimiento subjetivo y cordial, que ellos llamaban equidad bursátil o cerebrina, cuando ellos han dicho esto, no les ha faltado razón. El problema y la argumentación siguen en pie; los peligros de que un juez moderno, con pretexto de acudir a la equidad, actúe arbitrariamente, son tan reales hoy como hace ocho siglos o, por mejor decir, como siempre. ¿Cómo controlar al juez cuando, por falta de ley, o ante una ley oscura, se ve en la necesidad de aplicar los artículos 170 N° 5 CPC. y 24 CC.? A mi modo de ver, no cabe otra solución, o sea, otro control, que exigirle la exhibición de un texto autorizado de doctrina jurídica en que se encuentre la solución que busca. Para el derecho civil no hay ni ha habido, ni quizá habrá en la historia otro texto más autorizado que el *Corpus iuris civilis*, el cual en definitiva ha sido directa o indirectamente fuente de nuestro Código Civil; y, co-[p. 143] mo de acuerdo con los resultados del presente estudio, "*equidad natural*" y "*principios de equidad*" en los códigos civil y de procedimiento civil significan finalmente "*Corpus iuris civilis*", he allí, pues, el texto doctrinal al cual el juez deberá acudir en su búsqueda de soluciones equitativas para el caso de ley oscura o defectuosa. Si no se encuentra ahí una solución, el juez puede recurrir a los intérpretes del derecho romano, teniendo presente que los civilistas modernos en la medida en que trabajan con códigos romanistas son legítimos sucesores de los antiguos intérpretes directos del *Corpus iuris civilis*.

Cierto es que el derecho moderno presenta amplias ramas frente a las cuales el romano poco o nada tiene que decir en concreto, si bien difícilmente los principios generales de esas ramas estarán en contradicción con los principios del derecho romano y del civil. En tales casos, a mi modo de ver, no queda el juez desligado de su obligación de llegar a la equidad a través de textos autorizados de doctrina, no queda facultado para recurrir a la equidad ruda, fácilmente mudable en cerebrina. En tal caso, el juez debe acudir a la doctrina más autorizada en la respectiva rama, haciendo ver que las leyes y los códigos extranjeros pueden ser invocados en Chile, no en cuanto leyes, sino precisamente en cuanto doctrina.

Tales son, a mi juicio, las conclusiones que se desprenden de un análisis histórico de las expresiones sobre la equidad a que nos hemos referido aquí. Ese análisis muestra cómo resulta perfectamente conciliarse la posibilidad de un recurso a la equidad con el principio de la seguridad jurídica, porque la equidad deja de ser un concepto abstracto, meramente teórico y recibe, en cambio, un contenido preciso y verificable. Si estas conclusiones pueden parecer extrañas, yo me he de defender apoyándome nada menos que en nueve siglos de tradición jurídica\*.

---

\* [Adición del A.: La doctrina sustentada en este trabajo ha resultado acogida en dos sentencias emitidas por el distinguido profesor de derecho civil, señor Jorge López Santa María, en calidad de árbitro arbitrador. La primera es de 17 de agosto de 1981, en todo ratificada por el tercero en discordia que fue necesario llamar, ante el modo diverso de fallar que tuvo el árbitro colega del Prof. López; ambas sentencias fueron confirmadas por la Corte Suprema en recurso de queja fallado el 15 de noviembre de 1982.

---

La sentencia del profesor López aparece publicada en *Revista Chilena de Derecho* 9 (Santiago, 1982) 3, pp. 623 - 639. El considerando que aquí interesa es el N° 19, de pp. 635 - 636. La segunda sentencia del profesor López es de 29 de marzo de 2000; y en su considerando 14°, su autor transcribe íntegra y textualmente el considerando 19 de la sentencia de 1981, antes citado. Este segundo fallo fue publicado en Cámara de Comercio de Santiago. Centro de Arbitraje y Mediación, *Sentencias arbitrales* (Santiago, 2001), II (1999 - 2000), pp. 203 - 216; el considerando 14° se lee en pp. 214 - 215. Se transcribe enseguida el considerando 19 de la primera sentencia, incluido, como se dijo, en el 14° de la segunda: " 19°. Que, por otra parte, dos recientes trabajos de don Alejandro Guzmán Brito, profesor en las Escuelas de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso y de la Universidad de Chile en Santiago, iluminan el exacto alcance de la equidad y del recurso por el intérprete o por el sentenciador a ella, en virtud de autorizaciones contenidas en artículos como el 24 del Código Civil: el 170 N° 5, el 637 y el 640 N° 4 del Código de Procedimiento Civil./ Fallar en el sentido que la equidad dicte al juez árbitro no es dictar sentencia en base a apreciaciones subjetivas, sacadas de debajo de la manga o de la bolsa particular de cada uno como decían los antiguos, caricaturizando a esta equidad con el calificativo de 'equidad bursátil' o 'equidad ruda'. Como sostuviera don Andrés Bello, en 1839, al defender el principio de la fundamentación de las sentencias, el juez al fallar debe hacerlo en algún motivo obtenido de las leyes y 'no por una secreta inspiración', pues, 'no hay poder sobrenatural, que mueva sus labios, como los de la Pitia, sin el previo trabajo de sentar premisas y deducir consecuencias' (El Araucano, N° 479, de 1° de noviembre 1839)./ Interpretar la ley oscura o integrar una laguna del derecho según la equidad, lo mismo que fallar en equidad, significa basar la decisión en materiales jurídicos, ya sea en textos legales foráneos, sin valor de norma positiva, como en el Digesto, por ejemplo, ya sea en pasajes doctrinarios de juristas ilustres. Esta es la 'equidad constituida'. Alejandro Guzmán explica cómo, a diferencia de la 'equidad ruda', que es aquella acerca de la cual nada se ha dicho aún, no formulada ni descrita por las fuentes, que permanece en estado bruto, la 'equidad constituida' es derecho o *ius*./ Cuando se produce un conflicto entre *aequitas rudis* y *aequitas constituta* o *ius* el juez o el intérprete deben dar preferencia al *ius*; el legislador, pero sólo él, puede modificar el *ius*, hacer nuevo derecho, transformando la equidad ruda o bursátil en equidad constituida./ Tal es el genuino alcance de la voz 'equidad', tanto en el Código Civil como en el Código de Procedimiento Civil, y los precedentes o fuentes de los respectivos artículos lo demuestran, lo mismo que la Historia del Derecho. Uno de los méritos del profesor Guzmán Brito, es haber mostrado con detalles y con rigor esta situación, tan poco conocida en Chile. Uno de sus trabajos, 'El Juez entre la equidad y la ley', fue publicado en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, 1981, N° 1, primera parte, páginas 1-15. El otro trabajo pertinente se titula 'El significado histórico de las expresiones equidad natural y principios de equidad en el derecho chileno', publicado en la Revista de Ciencias Sociales, que edita la Universidad de Valparaíso, 1981, N° 18-19, páginas 111 - 143. Este último termina con conclusiones que es útil copiar parcialmente:/'Cuando los medievales han desechado un recurso del juez y del intérprete a la equidad ruda, por el peligro que el resultado no fuese más que la presentación bajo el prestigioso entorno de la equidad, de no otra cosa que un sentimiento subjetivo y cordial, que ellos llamaban equidad bursátil o cerebrina, cuando ellos han dicho esto, no les ha faltado razón. El problema y la argumentación siguen en pie: los peligros de que un juez moderno, so pretexto de acudir a la equidad, actúe arbitrariamente, son tan reales hoy como hace ocho siglos, o por, mejor decir, como siempre. ¿Cómo controlar al juez cuando interpreta o falla en equidad? A mi modo de ver, no cabe otra solución, o sea, otro control, que exigirle la exhibición de un texto autorizado de doctrina jurídica en que se encuentre la solución que busca. Para el derecho civil no hay ni ha habido ni quizás habrá en la historia otro texto más autorizado que el *Corpus Juris Civilis* [...]. Cierto es que el derecho moderno presenta amplias ramas frente a las cuales el romano poco o nada tiene que decir en concreto. En tales casos, no queda el juez desligado de su obligación de llegar a la equidad a través de texto autorizados de doctrina, no queda facultado para recurrir a la equidad ruda, fácilmente mudable en cerebrina. En tal caso, el juez debe acudir a la doctrina más autorizada en la respectiva rama, haciendo ver que las leyes y los códigos extranjeros pueden ser invocados en Chile, no en cuanto leyes, sino precisamente en cuanto doctrina'. Es lo que en el presente laudo se ha intentado, razonándose con autores y con sentencias arbitrales foráneas".