

UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES  
ESCUELA DE DERECHO

**LA ESCUELA CHILENA DE  
HISTORIADORES DEL DERECHO Y  
EL ESTATUTO DE FUENTES  
FORMALES DEL CÓDIGO CIVIL**

**NOMBRE DEL MEMORISTA: JAVIER VALLE SILVA**

## ÍNDICE

INTRODUCCION.....	3
CAPÍTULO I. LA IMPORTANCIA DEL ORDEN DE LAS FUENTES DEL DERECHO Y SU MODIFICACIÓN.....	6
1. La importancia del orden de las fuentes del derecho para un sistema jurídico .....	6
2. Sistemas de fuentes del derecho: el Indiano y el Legalista. ....	10
2.1. Periodo Indiano .....	10
2.2. Periodo de transición.....	21
2.3. Periodo Legalista.....	25
3. La relevancia del cambio en el orden de las fuentes en el caso de Chile. ....	27
CAPÍTULO II. LA ESCUELA CHILENA DE HISTORIADORES DEL DERECHO.	32
1. Delimitación de la Escuela .....	32
2. Historia de la EChHD.....	34
3. Caracterización metodológica e ideológica .....	40
3.1. Valoración de la Tradición.....	41
3.2. Pertenencia a la Escuela Conservadora.....	43
3.3. Hispanismo.....	46
3.4. Positivismo historiográfico .....	47
4. Labor docente e investigadora de la EChHD. Características y relevancia .....	52
5. ¿Es una Escuela la EChHD?.....	57
CAPÍTULO III. LA EChHD Y LAS FUENTES DEL DERECHO EN EL CÓDIGO CIVIL .....	60
1. Explicación preliminar .....	60
2. La perspectiva de la EChHD sobre las fuentes del Derecho .....	61
2.1. La evolución de Andrés Bello en torno a las fuentes del derecho .....	61
2.2. Las fuentes del Derecho en el Código Civil.....	65
3. La contradicción de la EChHD.....	72
3.1. La admiración por el derecho indiano.....	72
3.2. La contradicción de la EChHD .....	75
4. Explicación al tratamiento que la EChHD realiza de la evolución del sistema de fuentes.....	79
5. La segunda contradicción de la EChHD (a propósito de su rol en la cultura jurídica).....	82
CONCLUSIONES.....	88
BIBLIOGRAFÍA .....	91

## INTRODUCCION

Para presentar este trabajo se puede partir de una premisa que es difícil no compartir: tan importante (o más importante) que conocer los hechos narrados por la historia es saber quién o quiénes son los que nos narran esos hechos, esa historia. Inevitablemente los que escriben la historia van a dejar parte de su biografía intelectual en sus relatos. Por eso es recomendable saber cuáles son las coordenadas metodológicas e ideológicas (si es posible escindir las) en las que se sitúan a la hora de analizar la historia. Probablemente esta premisa puede ayudar a entender la estructura y finalidad de esta memoria.

Aproximándose al tema de esta memoria, se puede afirmar que en torno al estatuto de las fuentes del derecho, fijado por los primeros artículos del Código Civil se produjo un cambio muy importante en nuestra historia jurídica, y además, ese cambio no se produjo a instancias de Andrés Bello si se observa el estatuto de las fuentes formales propuesto por él en el proyecto de 1853. Esta mudanza se habría producido por pasar de un esquema plural de fuentes, propio del ordenamiento indiano a un sistema bastante restrictivo en este ámbito, que es producto de la codificación. Cuestiones así de relevantes no han sido tratadas o han sido tratadas de manera insuficiente por un colectivo de historiadores del derecho que han recibido la denominación de Escuela Chilena de Historiadores del Derecho.

Para desarrollar esa afirmación (y darle respaldo) es necesario descomponerla en otras afirmaciones que van implícitas en su contenido.

En primer lugar que la prelación de las fuentes formales del derecho es muy importante para comprender cómo funciona un sistema jurídico. Una segunda afirmación es que, entre el orden indiano y el legalista post – 1857, existen diferencias fundamentales. Estas dos cuestiones se desarrollan y justifican en el primer capítulo. Para dar cuenta de la importancia del estatuto de las fuentes, y como su modificación repercute en nuestra cultura jurídica se usan distintos campos del fenómeno jurídico para ejemplificar su relevancia, como el rol del juez o la enseñanza del derecho.

Por otra parte, el trabajo debe describir o intentar describir a la Escuela Chilena de Historiadores del Derecho. Por ello, el capítulo II buscará referirse a la historia de su surgimiento e institucionalización, identificando a sus fundadores y referentes principales. Además, el trabajo incluirá una descripción de sus presupuestos metodológicos e ideológicos. Y también de sus temáticas principales de investigación y sus más destacadas contribuciones (las áreas donde más han profundizado perfeccionando la comprensión de nuestra historia jurídica).

Finalmente, en el capítulo III el intento va dirigido a dar cuenta de cómo tratan (o no tratan) el tema de la evolución de las fuentes del derecho y las consecuencias de dicha evolución. Pero, junto con ello, en este capítulo se tratará de evidenciar las dificultades que trae consigo el enfoque de este tópico que hace el mencionado colectivo de historiadores para la coherencia de su propio trabajo historiográfico. Asimismo, se hará el esfuerzo por identificar las razones ideológicas y metodológicas que llevan a la Escuela Chilena de Historiadores del Derecho a darle a ciertos hechos históricos un cierto tratamiento y no concentrarse en otros hechos históricos.

En suma, la memoria se propone describir a un grupo de investigadores de la historia jurídica, concentrándose luego en cómo abordan un tema en particular de la evolución de nuestra cultura jurídica, intentando buscar una explicación para su enfoque, habiendo justificado antes por qué ese tema es tan relevante.

Finalmente, cabe formular un par de advertencias. La primera es que en el curso de la memoria se utilizan expresiones como sistema jurídico, orden jurídico, ordenamiento jurídico como sinónimos. Si bien en la teoría general del derecho y la filosofía del derecho es posible ver definidos (y distinguidos entre sí) estos conceptos eso no ocurre en la memoria. Generalmente en este trabajo aquellas expresiones hacen referencia a una entidad algo más compleja que un conjunto de normas, se pretende describir una estructura en la que se mezclan las normas jurídicas con aspectos institucionales y culturales. La segunda advertencia también tiene que ver con el uso de palabras, pero también con el tipo de trabajo de que se trata esta memoria. De las lecturas que precedieron y acompañaron este trabajo se pudo identificar que la expresión historiografía se ocupa profusamente pero nadie se detiene a indicar qué es historiografía. Ahora, si uno comete el atrevimiento de identificar una tipología de qué

clase de trabajo intelectual hacen los historiadores cuando escriben un artículo, libro o ponencia sobre historiografía, se podrían proponer los siguientes significados: a) la historiografía es historia de la disciplina histórica; b) historiografía consiste en algo así como una reflexión epistemológica sobre los métodos de pesquisa intelectual que ocupan los historiadores; c) historiografía es, en ocasiones, una sociología del conocimiento histórico (es el caso de los estudios sobre la influencia de Francisco A. Encina en la intelectualidad de izquierda); d) historiografía como simple catálogo (o compleja sistematización) de la producción intelectual de un historiador o de un grupo de ellos. Todas esas cosas (y probablemente muchas otras) es la historiografía. Y no parece malo que así sea, porque a veces un trabajo cae en uno de esos significados, pero otras veces un trabajo combina en su reflexión varios de esos significados. Esa indeterminación ayuda a este trabajo, porque en buena parte, este trabajo es un trabajo de historiografía jurídica, aunque haya en él sólo una pizca de cada uno de esos significados.

## **CAPÍTULO I. LA IMPORTANCIA DEL ORDEN DE LAS FUENTES DEL DERECHO Y SU MODIFICACIÓN**

### **1. La importancia del orden de las fuentes del derecho para un sistema jurídico**

En esta parte lo que se tratará de hacer es presentar argumentos que demuestren la importancia que tiene la ordenación de las fuentes del derecho para un sistema jurídico. El modo específico en que en una comunidad las fuentes se prefieren entre sí, determinan de forma muy relevante varios aspectos del fenómeno jurídico.

El tema de las fuentes del derecho es un asunto que se ha estudiado desde distintas perspectivas. Principalmente desde la teoría del derecho y la historia del derecho. Desde la teoría del derecho fundamentalmente se han estudiado las distintas fuentes del derecho construyendo una tipología de las mismas sumamente útil, identificando por ejemplo los requisitos de la costumbre o las características genéricas de la ley. Además se han aclarado los distintos significados que podemos atribuir a la expresión fuentes del derecho. Junto con ello se han elaborado taxonomías útiles para caracterizarlas, como la distinción entre fuentes materiales y formales. Por otro lado, la historia del derecho analiza la cuestión de las fuentes del derecho, al nivel que Tomás y Valiente estima que hay dos formas de enfocar la Historia del Derecho: estudiando la historia de las fuentes del derecho (los modos de creación del derecho) u ocupando un enfoque institucional<sup>1</sup>. En el caso de Chile también podemos encontrar ejemplos del estudio de la evolución de las fuentes del Derecho<sup>2</sup>. Sin embargo, pocas veces podemos encontrar justificada la importancia del estudio de las fuentes del derecho. Se podría hacer la conjetura de que no lo hacen porque es evidente para los autores la importancia de las fuentes del derecho. No obstante, explicitar su relevancia para este trabajo es vital, porque la memoria gira en torno a lo determinante que son, para un sistema jurídico, los cambios en la prelación de las fuentes del derecho.

---

<sup>1</sup> TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: *Manual de Historia del Derecho español*, Editorial Tecnos, Madrid, 1981, p. 28. cabe puntualizar que, de acuerdo a este autor, ambas perspectivas se complementan, por lo tanto, ambas son necesarias para hacer un análisis completo.

<sup>2</sup> Ver TOPASIO FERRETTI, Aldo: *Fuentes del Derecho Chileno en la Codificación*, Edeval, Valparaíso, 1990; del mismo: *Fuentes del Derecho Chileno en la Precodificación (1810-1857)*, Edeval, Valparaíso, 1986.

Sobre las fuentes del derecho los escritos son muchísimos, pero pese al elevado número de publicaciones hay algo en lo que se coincide: hacer una serie de distinciones previas antes de empezar a hablar sobre las fuentes en particular. En primer lugar, y con el objeto de clarificar sobre qué fuentes del derecho vamos a hablar en este trabajo, es preciso aclarar los diversos significados que la expresión fuentes del derecho tiene. Así, Agustín Squella distingue varias acepciones, la primera de las cuales utilizaría la denominación para referirse al fundamento último del derecho; en seguida, fuente del derecho es una expresión que se emplea para aludir a cualquier forma de organización humana que requiera del derecho para existir y desarrollarse; en tercer lugar, fuente del derecho alude al órgano, autoridad o persona que crea o produce derecho de acuerdo a lo que disponen las normas de competencia de un ordenamiento jurídico determinado; una cuarta acepción sería cuando se ocupa la expresión como sinónimo de fundamento de validez de una norma jurídica. Son estas dos últimas acepciones las que dan lugar al concepto de fuentes formales del derecho. Encontramos también una quinta acepción, esta vez, cuando hablamos de fuentes del derecho nos referimos a factores de diversa índole – políticos, económicos, sociales, científicos – que presentes en una determinada sociedad influyen de manera importante en la producción de una o más normas y en el contenido de tales normas<sup>3</sup>. En este trabajo nuestra atención se centrará no en las fuentes materiales sino que en las fuentes formales del derecho, éstas últimas engloban tres aspectos: los procedimientos a través de los cuales se producen las normas jurídicas, los modos que éstas tienen de manifestarse y los continentes donde es posible localizar a esas mismas normas una vez que han sido producidas.

Hecha esta consideración preliminar y precisado que este trabajo se concentrará en las fuentes formales del derecho (ley, costumbre, jurisprudencia de los tribunales, principios generales del derecho y la equidad) y no otras corresponde exponer nuestros argumentos de por qué la ordenación de las fuentes formales del derecho, es decir, el modo como se prefieren entre sí, es tan importante para un sistema jurídico.

En primer lugar, al determinar qué fuente formal del derecho prevalecerá sobre las demás se asienta la voluntad normativa en un determinado cuerpo social. Dicho con

---

<sup>3</sup> SQUELLA, Agustín: *Introducción al Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, pp. 206 y 207.

palabras de Tomás y Valiente “¿Quién o quiénes crean Derecho en cada sociedad? ... Admite una respuesta obvia: quien o quienes tuvieron poder para ello”<sup>4</sup>. Por eso, al fijar la preeminencia de una fuente del derecho sobre otra se está evidenciando quién va a tener la capacidad para producir normas jurídicas, regulaciones que son vinculantes para los demás miembros de la sociedad. Dicho de una forma más cruda, cuando identificamos una fuente del derecho como la más importante eso trae aparejado la identificación del o los sujetos dotados del poder para mandar al resto.

Además, junto con saber quién o quiénes nos van a dirigir, el orden de las fuentes del derecho determina otra cuestión relacionada con eso. También sirve para definir el grado de centralización o descentralización político – administrativa que una comunidad jurídica tiene. El poder normativo se puede expresar en la ley, producida sólo desde un centro de producción legislativa (pensemos que eso se fortalece en un Estado unitario) o entregar variables dosis de autonomía a las comunidades locales. Por ejemplo, si la costumbre juega un papel relevante en algunas materias obviamente cada provincia o territorio dentro de un Estado podrá fijar con cierta libertad algunos campos de regulación, lo que le dará una mayor independencia de la capital. En cambio, un rol desmedrado de la costumbre generará una mayor concentración del poder.

La ordenación de las fuentes del derecho determinará un aspecto central de todo sistema jurídico: el rol del juez. El rol del juez es central para el sistema jurídico por varias razones. Primero, el abogado debe pensar en función de lo que harán los jueces, esto es, su labor debe seguir los estándares oficiales de la jurisprudencia de los tribunales, ya que necesitan satisfacer las exigencias de sus clientes y no reformar los criterios argumentativos de los jueces por algún afán teórico. Además, debe considerarse que son los estrados judiciales los espacios de decisión de todo el tráfico jurídico, de modo tal que el derecho se hace socialmente relevante para las personas toda vez que surge una disputa y ésta es resuelta por una decisión jurisdiccional. Al ciudadano los significados del derecho le son transmitidos no a través de los académicos, ni de los abogados, ni de la Administración del Estado, y tampoco por la obra del legislador, sino mediante una sentencia que acoge o deniega sus pretensiones. Dicho esto, es claro que el orden sustantivo de las fuentes va a delimitar el modo en que

---

<sup>4</sup> TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: *Manual de Historia del Derecho español*, ob. cit., p. 29.

los jueces van a aplicar el derecho, ya sea una estructuración implícita o explícita de las fuentes del derecho, al órgano jurisdiccional no le queda otra opción que dirimir los conflictos siguiendo las instrucciones que en ese ordenamiento se han formulado. En síntesis, la ordenación de las fuentes fija el grado de protagonismo del juez en el sistema. Cuánto de discrecional tiene su actuar y cuanto de reglado tiene.

Asimismo, el orden de las fuentes repercute fuertemente en la forma de enseñar el Derecho. La prelación de las fuentes del derecho determina las prioridades curriculares, las formas de enseñar y de evaluar. Más allá de que en algún curso se explique claramente el orden de las fuentes del derecho esa estructura se proyecta en el resto de la enseñanza jurídica. Veamos el caso en que la fuente predominante es la ley, eso tiene repercusiones tanto en la forma de enseñar y evaluar el derecho como en los contenidos a los que se les da primacía. De este modo, lo que se tiene que enseñar es la ley, o las leyes principales que regulan las parcelas de actividad jurídica más importantes, generalmente establecida en códigos. En seguida, se va a enseñar las normas tal como están fijadas en la ley, porque sabemos que esa es la fuente principal o única, entonces qué sentido tendría analizar otros aspectos (consuetudinarios o jurisprudenciales) que el juez no va a considerar (ni puede considerar) para resolver. Y luego, qué tiene que saber el alumno de Derecho: tiene que saber, ojalá del modo más preciso posible qué dice el Código, sólo de esta forma será un buen abogado. No es necesario que sepa otras cosas, porque lo importante es que pueda anticipar con relativa claridad qué va a decidir el juez. El derecho está ahí, y sólo hay que recordarlo. Así, podemos notar como la fuerza de una fuente necesariamente va a ir moldeando qué se enseña, cómo se enseña y cómo se analiza si el estudiante adquirió el conocimiento necesario para desempeñarse con éxito en una profesión jurídica.

Finalmente, y recapitulando lo expresado hasta ahora, recurriremos a unas ideas del gran filósofo del derecho Alf Ross que, a nuestro juicio, corresponde exponer a propósito de esta cuestión. Ross sostiene que el sistema jurídico vigente puede definirse como “el conjunto de normas que efectivamente operan en el espíritu del juez, porque éste las vive como socialmente obligatorias y por eso las obedece”<sup>5</sup>. Asimismo, indica

---

<sup>5</sup> ROSS, Alf: *Sobre el derecho y la justicia*, EUDEBA, 2ª edición, Buenos Aires, 1970 (trad. Genaro Carrió), p. 34.

que cuando “el juez decide fundar su decisión en una regla y no en otra, no es una cuestión caprichosa y arbitraria, que varía de un juez a otro, sino un proceso determinado por actitudes y conceptos, por una ideología normativa común, activa y presente en el espíritu de los jueces”<sup>6</sup>. Esta ideología es el objeto de la doctrina de las fuentes del derecho. Es decir, cuando nos preguntamos a qué normas recurre el juez para decidir estamos preguntándonos cuál es el derecho vigente. Por lo tanto, cuando estudiamos las fuentes del derecho y su ordenación, o mejor dicho, el orden que sigue el juez, estamos definiendo cual es el derecho vigente. Obviamente Ross incluye en esa ideología normativa común otros aspectos de tipo cultural que no se explican sólo por la ordenación de las fuentes, pero lo relevante es comprender que, en una medida importante, el esquema de las fuentes del derecho determina cual es el derecho vigente en una sociedad determinada.

## **2. Sistemas de fuentes del derecho: el Indiano y el Legalista.**

Bajo este título se exponen dos sistemas de fuentes del derecho, además de aspectos relevantes adicionales (el concepto de derecho que subyace a esa estructura de fuentes, la enseñanza del derecho y el rol del juez) con la finalidad de que se puedan comparar y entender, a partir de esa contrastación, la importancia que tiene la ordenación de las fuentes y cómo determina los rasgos principales de un sistema jurídico.

Precisamente, para entender bien cómo funciona un orden de las fuentes es necesario describir los modos de proceder de los jueces y la forma en que se enseña el derecho son cuestiones que, a nuestro juicio, van relacionadas.

### **2.1. Periodo Indiano**

En esta parte pretendemos describir al sistema normativo que rigió en Chile desde la conquista hasta la primera mitad del siglo XIX inclusive. Los trabajos sobre el particular son enormes y el acceso a ellos no es difícil, pues algunos de los más notables trabajos han sido desarrollados por autores chilenos. Por lo mismo, es difícil sintetizar el

---

<sup>6</sup> *Ibíd.*, p. 74.

rico fenómeno del derecho indiano y todas sus variantes. Por ello, antes de comenzar la exposición estimamos como recomendable esquematizar lo que diremos sobre el particular. En primer lugar nos referiremos a los elementos que configuran el derecho indiano, por cuanto éste es, en opinión de los autores, un complejo de derechos<sup>7</sup> y no un orden totalmente coherente o sistematizado. En segundo término, nos referiremos a las fuentes del derecho en el orden indiano, que es el tema que más nos interesa, debiendo explicar que en cada elemento formativo del orden indiano uno puede distinguir varias fuentes. Junto con ello, y en tercer lugar, nos referiremos a dos elementos que nos parecen imprescindibles a la hora de dar cuenta de cómo funcionaba un sistema jurídico: el rol del juez en el sistema indiano y la forma en que se enseñaba el derecho en esa época. Esos dos factores permiten comprender mejor la esencia del derecho indiano. Y en el caso de la enseñanza del derecho lo importante que es el sistema de fuentes para identificar cuál es la propiedad distintiva del derecho indiano. Finalmente haremos una recapitulación en la que fijaremos los rasgos más relevantes del ordenamiento jurídico que nos rigió por más de tres siglos.

El Derecho Indiano lo podemos definir como el conjunto de normas jurídicas aplicables en Indias, esto es, en los territorios de América, Asia y Oceanía dominados por España. Esta definición es, probablemente, la más ocupada por los estudiosos del derecho indiano<sup>8</sup> y aunque no indica propiedades de ese específico orden regulador sino que lo define más bien por el lugar donde se aplicaba es, sin embargo, la más acertada, considerando lo diverso que era su normativa y funcionamiento.

Ahora, los elementos formativos del derecho indiano son tres, de desigual importancia: el derecho castellano, los derechos indígenas y el derecho específico de Indias, denominado también indiano (en sentido estricto) o municipal. La vigencia del derecho castellano en América española tiene un fundamento jurídico. Las Indias fueron

---

<sup>7</sup> GUZMÁN BRITO, Alejandro: “Los quinientos años del derecho indiano”. En Revista Chilena de Historia del Derecho, N° 17, 1992, p. 178. En el mismo sentido DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio: “La codificación civil en Chile y la formación de su Código Civil”. En AA.VV., *El Código Civil de Chile (1855 – 2005)*, Santiago, Lexis Nexis, 2007, p. 143.

<sup>8</sup> Ver, por ejemplo, BRAVO LIRA, Bernardino: *Derecho común y derecho propio en el nuevo mundo*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1989, p. 5; DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio: *Manual de Historia del Derecho Indiano*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1994, p.11; GARCÍA GALLO, Alfonso: *Metodología de la historia del Derecho Indiano*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1971, p.18.

incorporadas a la Corona de Castilla y, en consecuencia, se extendieron a ellas las instituciones y el derecho de Castilla y no los de Aragón, Navarra, Cataluña o cualquier otro de los reinos o estados españoles. La forma de aplicación de estos tres elementos constitutivos fue establecida por el derecho indiano. Este punto es clave para la configuración del mismo como un marco unitario dentro del cual se encuadran sus diversos elementos formativos. Para resolver esta cuestión, así como muchas otras surgidas a raíz de la expansión española en América, que eran también nuevas para los juristas de la época, se acudió al Derecho Común. El Derecho Común, como se sabe, es un derecho de juristas, que se cultivó y difundió a partir de las universidades europeas desde el siglo XI hasta el XIX y en las hispanoamericanas desde el siglo XVI hasta el XIX. Su fundamento es el estudio de textos jurídicos romanos y canónicos con la mira de elaborar un derecho de validez general.

La distinción entre Derecho Común y derecho propio sirvió de base para integrar los tres elementos formativos del derecho indiano en un solo todo coherente. Se asimiló el derecho específico de Indias a los derechos municipales de Castilla, que allí eran parte del derecho propio. El derecho indiano propiamente tal, por ser derecho propio, es de aplicación preferente. Dentro de la dualidad Derecho Común – derecho propio, la posición del Derecho Común corresponde en América al derecho castellano. Esto significa que el derecho castellano se aplica siempre que no haya derecho propio sobre una materia. Por tanto, el derecho castellano tiene en América española vigencia general. A él se acude cada vez que hay que llenar vacíos del derecho específico de Indias. En la práctica esta situación no fue excepcional, sino más bien, la regla general. Porque un vastísimo orden de materias se regía por el derecho castellano, ya que el derecho específico de Indias se circunscribía a tratar de los aspectos nuevos que presenta la vida jurídica en América española.

El derecho indiano reguló de preferencia la organización del Estado y de la administración en Indias, la situación de los indígenas y algunas instituciones como la encomienda o las mercedes de tierra. Sus disposiciones eran, entonces, fundamentalmente de derecho público<sup>9</sup>. En todo lo demás, o mejor dicho, en todas las

---

<sup>9</sup> FIGUEROA QUINTEROS, María Angélica: “La codificación civil chilena y la estructuración de un sistema jurídico legalista”. En AA.VV., *Andrés Bello y el Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1982, p. 78.

instituciones y prácticas jurídicas de origen europeo, que son la mayoría, se aplica el derecho castellano. Así sucede en materia de matrimonio, derecho de familia y sucesiones, de propiedad, de negocios jurídicos y de delitos y penas, de procedimiento civil y penal. Todos estos aspectos se rigen íntegra o casi íntegramente por el derecho castellano. Finalmente, en este sistema jurídico los Derechos indígenas son considerados, en general, como derechos personales, esto es, aplicables sólo a quienes tienen la condición de aborígenes. Excepcionalmente, hay casos de instituciones indígenas que fueron recogidas por el derecho específico de Indias<sup>10</sup>.

En cuanto a las fuentes del derecho iremos exponiendo cada fuente haciendo las distinciones necesarias respecto a su importancia y tratamiento en elemento castellano, indiano propiamente tal o, cuando corresponda, indígena.

#### **a) Ley**

La descripción de la fuente ley en el sistema indiano requiere una primera prevención. Cuando hablamos de ley no nos referimos a normas jurídicas abstractas, generales y de validez comúnmente indefinida sino que nos referimos más propiamente al concepto de “ley en sentido *amplísimo*” que ocupa el profesor Squella. Donde la palabra “ley” suele ser reemplazada por “legislación”, entendiéndose por tal toda norma jurídica de observancia general en cuya producción intervienen uno o más órganos del Estado, sea que lo hagan o no en forma asociada<sup>11</sup>. Si bien tampoco la definición es totalmente satisfactoria se acerca más al tipo de “legislación” que se dictaba en el derecho indiano. Decimos que la definición no es exacta porque muchas normas no eran de aplicación general, pero insistimos en que nos parece una categorización (utilizando esquemas contemporáneos) más precisa.

Con el objeto de entregar además un concepto propio de la época indiana de ley o legislación, un experto en el derecho indiano combinando lo que los más importantes textos de la época decían acerca de la ley da la siguiente definición: “mandato escrito

---

<sup>10</sup> BRAVO LIRA, Bernardino: *Derecho común y derecho propio en el nuevo mundo*, ob. cit., p. 9.

<sup>11</sup> SQUELLA, Agustín: *Introducción al Derecho*, ob. cit., p. 221.

vinculante, basado en el derecho natural y conforme a él por medio del cual se ordena la vida del hombre tanto para el bien terreno como eterno”<sup>12</sup>.

Podemos distinguir entre una legislación castellana, y una legislación indiana, ésta última se puede, a su vez, distinguir según su origen territorial en una legislación indiana metropolitana y otra criolla.

La legislación castellana, como ya se dijo, se aplicaba supletoriamente respecto de la indiana. Y su normativa se prefería conforme a la prelación de las Leyes de Toro.

La legislación para Indias que venía de la metrópolis era copiosa y casuística<sup>13</sup>, características que probablemente estén vinculadas estrechamente. Para describirla brevemente hay que decir que en cuanto al fondo podemos distinguir entre ordenanzas (reglamentaciones generales) e instrucciones (advertencias particulares dirigidas a una autoridad determinada). En cuanto a las formas de presentación había cartas reales, reales provisiones, reales cédulas, autos acordados del Consejo de Indias o de la Casa de Contratación, etc<sup>14</sup>. Así, sus notas distintivas son precisamente su diversidad y dispersión, tal vez explicadas por la dificultad para reglar unas colonias tan vastas y variopintas.

Respecto de la legislación criolla valen las mismas prevenciones, aclarando que su vigencia territorial era acotada al radio de acción de la autoridad que las dictaba. En pocas palabras podemos decir que en América tenían potestad legislativa los virreyes, los gobernadores, las audiencias y los cabildos. Quienes podían dictar reales provisiones, bandos, ordenanzas, autos y decretos. La descripción es deliberadamente breve y tiene por finalidad sólo dar cuenta de la estructura descentralizada de producción legislativa que caracterizaba al régimen indiano.

---

<sup>12</sup> DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio: *Manual de Historia del Derecho Indiano*, ob. cit., p.229.

<sup>13</sup> Antonio Dognac para graficar esta característica es extremadamente ilustrativo: menciona que León Pinelo, ilustre jurista formado en la Universidad de San Marcos, en 1635 hizo entrega al Consejo de Indias de una recopilación que contenía 7.308 leyes (principalmente reales cédulas) que había sido elegidas de entre las infinitamente más numerosas que la Corona Castellana había dictado para el gobierno del Nuevo Mundo (Ibíd., p. 11)

<sup>14</sup> Ibíd., p.231.

## **b) Costumbre**

Respecto de la fuente denominada costumbre hay que señalar primero que su campo de aplicación era inmenso. Entre la población indiana se desarrollaron con enorme vigor nuevas costumbres jurídicas adaptadas a las peculiares condiciones de vida en América. Así, una institución de enorme relevancia como el cabildo, rigió casi exclusivamente su actividad por la costumbre.

Cabe hacer presente que las normas consuetudinarias indígenas, fueron aceptadas por la autoridad debiendo entonces ser respetadas, teniendo, eso sí, como límites no contravenir el derecho natural o la legislación real.

La costumbre cobró importancia atendido el hecho que la legislación era casuística y fragmentaria, y aquella permitía llenar las lagunas legales. La extensión territorial se traducía en diversidad de problemas y conflictos y la costumbre permitía adecuar el derecho a cada realidad concreta.

Un índice de su importancia se puede observar en los distintos trabajos que realizaron los más brillantes tratadistas indianos, quienes desarrollaron y uniformaron los requisitos necesarios para que la costumbre *contra legem* pudiera aplicarse<sup>15</sup>. Precisamente, para ellos esa especie de costumbre tiene en Indias plena fuerza y prevalece contra ley<sup>16</sup>. En suma, la costumbre tiene un lugar preferente dentro del derecho indiano, sólo está limitada por un orden superior, cual es el derecho natural.

## **c) Jurisprudencia y Doctrina**

En cuanto a la jurisprudencia no nos extenderemos atendido que hay un acápite dedicado al rol del juez y es ahí donde nos concentraremos en la importancia de esta fuente del derecho. Con todo, podemos indicar que los trabajos de los especialistas realzan la importancia que tuvo la jurisprudencia creativa de los jueces indianos en la

---

<sup>15</sup> Ver de ÁVILA MARTEL, Alamiro y BRAVO LIRA, Bernardino: "Aporte sobre la costumbre en el derecho indiano". En Revista Chilena de Historia del Derecho, N° 10, 1984, p. 42.

<sup>16</sup> Ídem.

moderación de las sanciones o castigos extremadamente drásticos propios del derecho penal del medioevo. Y que existió, en algunos tribunales, la tendencia a reiterar un modo de fallar determinados casos<sup>17</sup>.

En lo que respecta a la doctrina, los estudiosos nos han dicho que trabajos contemporáneos sobre este tema han demostrado que en las bibliotecas indianas estaban normalmente las obras jurídicas del más alto nivel y con un grado considerable de actualización<sup>18</sup> y que, además, en Indias hubo un interesante número de autores relevantes que pesaron en la actividad de aplicación del derecho, considerando los lugares de privilegio que ocupaban en la organización judicial y de gobierno de las Indias<sup>19</sup>.

#### **d) El rol del juez**

El complejo edificio del derecho indiano se mantiene en pie por su “clave de bóveda”: el juez<sup>20</sup>. El juez es el articulador de las diversas fuentes del derecho provenientes de distintos cuerpos normativos. La significación del juez es altísima pues, solo para comenzar, éste debe determinar el derecho que, en cada caso, corresponde aplicar. La libertad del juez, no es, en modo alguno, arbitrariedad. Antes bien, está encuadrada dentro de un marco jurídico anterior y superior a él. Se trata, en consecuencia, de un arbitrio judicial regulado por el derecho. Pero esta regulación no presenta la rigidez propia del derecho legislado, sino que tiene una elasticidad propia de un sistema complejo. La profesora Figueroa habla de “facultades arbitrales de los jueces indianos”<sup>21</sup>. Éstas se manifiestan en la enorme amplitud de las facultades de que disponía el juez para aplicar en la solución de las contiendas sometidas a su

---

<sup>17</sup> DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio: *Manual de Historia del Derecho Indiano*, ob. cit., p.263.

<sup>18</sup> DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio: “La codificación civil en Chile y la formación de su Código Civil”, ob. cit., p. 139.

<sup>19</sup> Para estudiar con detalle este asunto, consultar las pp. 264 y ss. de DOUGNAC, Antonio: *Manual de Historia del Derecho Indiano*, ob. cit.

<sup>20</sup> BRAVO LIRA, Bernardino: “Arbitrio judicial y legalismo. Juez y derecho en Europa continental y en Iberoamérica antes y después de la codificación”. En *Revista de Ciencias Sociales*, N° 32/33, Edeval, 1988, p. 67.

<sup>21</sup> FIGUEROA QUINTEROS, María Angélica: “La codificación civil chilena y la estructuración de un sistema jurídico legalista”, ob. cit., p. 86.

competencia indistintamente, la ley que regulaba el caso, la costumbre que cumpliera determinados requisitos o formular, modificando cualquiera de ellas, una norma nueva, su sentencia<sup>22</sup>.

La actividad del juez estaba regulada, evitando que del arbitrio se pasara a la arbitrariedad. Y esto tenía lugar a través de, primero, las reglas de derecho, éstas orientan la actividad decisoria del juez, no son, como dice Bravo Lira, propiamente normas “sino más bien puntos de partida para discernir en cada caso lo justo de lo injusto”<sup>23</sup>. Se encontraban en el Digesto, las Decretales y en las Partidas y permitían a los jueces manejarse dentro del vasto campo de las opiniones de los juristas, las costumbres locales y generales, las leyes territoriales y reales<sup>24</sup>. En segundo término, el arbitrio era controlado a través de un sistema de probidad administrativa, de recursos procesales, de impuncias y recusaciones minuciosamente reglamentadas<sup>25</sup>.

Este papel del juez supone un concepto de derecho que entiende que el ordenamiento jurídico está concebido sobre un principio de equidad objetiva y este principio persigue la materialización de la equidad en cada caso particular. El ius naturalismo escolástico – que sirve de base para el orden indiano – no se detiene en la formulación de la norma positiva considerada justa, el fin último del sistema persigue comprobar que ella produzca realmente al ser aplicada la equidad que se supone contiene.

Corresponde señalar además quiénes eran jueces o quiénes ejercían funciones jurisdiccionales. El conocimiento de los asuntos civiles y criminales en primera instancia correspondía a los corregidores y a los alcaldes ordinarios, éstos últimos ejercían la presidencia del cabildo y eran elegidos popularmente. Ambos ejercían sobre estos asuntos una competencia acumulativa, operando la regla de la prevención en el

---

<sup>22</sup> *Ibíd.*, p. 87.

<sup>23</sup> BRAVO LIRA, Bernardino: “Codificación y derecho común en Europa e Hispanoamérica. Disociación de los derechos nacionales del derecho común” en *Codificación y descodificación en Hispanoamérica: la suerte de los derechos castellano y portugués en el Nuevo Mundo durante los siglos XIX y XX*, eds. Bernardino Bravo Lira y Sergio Concha Márquez de la Plata, Santiago, 1999, p. 19.

<sup>24</sup> *Ibíd.*, p. 21.

<sup>25</sup> FIGUEROA QUINTEROS, María Angélica: “La codificación civil chilena y la estructuración de un sistema jurídico legalista”, *ob. cit.*, p. 79.

conocimiento del negocio, cuestión que produjo constantes problemas a propósito de disputas de competencia, especialmente considerando que el territorio que cubría el corregidor (su distrito) era mayor y abarcaba o podía cubrir más de un cabildo. Habría que agregar que, en algunos sitios, los corregidores conocían en segunda instancia de las sentencias de los alcaldes ordinarios<sup>26</sup>. El cabildo, por su parte, actuaba como tribunal de apelación de sentencias dictadas por alcaldes ordinarios cuando su cuantía era menor<sup>27</sup>. La Real Audiencia constituía un tribunal de segunda instancia que conocía de los recursos de apelación, suplicación y nulidad.

De lo recién expuesto aparece otra consideración que permite delinear mejor la forma en que actuaban los órganos que ejercían la jurisdicción. Atendido el hecho que cumplían labores de gobierno era inevitable que al resolver litigios su razonamiento no fuese estrictamente normativo. Es evidente que en su decisión se iban a considerar argumentos de conveniencia, de buen gobierno y eso, además del concepto de derecho que inspiraba todo el orden indiano, explicaría la flexibilidad con que se resolvían las disputas. No era un cuerpo concentrado en funciones judiciales, sino que ejercía otras funciones en las que se incorporaban consideraciones de distinta naturaleza.

#### **e) Enseñanza del derecho**

Atendido el hecho que nos estamos refiriendo a la modificación del estatuto de fuentes en nuestro sistema jurídico los datos con que contamos para describir la educación que recibían los futuros abogados en el orden indiano son respecto a cómo se enseñaba el derecho en la Real Universidad de San Felipe. No obstante que la mencionada casa de estudios recién formó letrados en la segunda mitad del siglo XVIII, la descripción de las formas y contenidos de la enseñanza del derecho son ilustrativos, porque así se habían formado los abogados que antes de ellos ejercieron en Chile. Y sobre todo, lo que nos interesa es exponer no cómo los abogados ejercían en Chile sino cómo la estructura de aplicación de las fuentes formales del derecho determinaba el tipo de enseñanza jurídica que se entregaba.

---

<sup>26</sup> DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio: *Manual de Historia del Derecho Indiano*, ob. cit., p. 136.

<sup>27</sup> *Ibíd.*, p. 179.

En la Universidad de San Felipe la enseñanza del derecho se organizaba en torno a cuatro cátedras: Prima de Cánones, en la que se estudiaban las Decretales; Prima de Leyes, en la que aprendía el Inforciado; Decreto, que se enseñaba directamente de la obra de Graciano e Instituta<sup>28</sup>. Como puede observarse lo que se estudiaba era el Derecho Romano y el Derecho Canónico, el *utrumque ius*, en otras palabras, el Derecho Común. Evidentemente, no tenía sentido enseñar las normas que regulaban cada materia porque era imposible. Lo relevante, considerando la forma en que se fallaba, era comprender los cimientos del edificio. Manejar modos de argumentación jurídica que posibilitaran el ejercicio de la profesión, no la retención de las regulaciones prácticas. A fines de la época colonial se agregan otras cátedras: Retórica y Filosofía, con carácter de obligatorias<sup>29</sup>. En cuanto a los métodos de enseñanza, estos eran básicamente dos: Lecturas (que consistían en una exposición oral de la materia y comentario, efectuadas por el profesor) y Conferencias (de cargo del alumno, quien leía un texto señalado por el profesor, del cual extraía ciertas conclusiones las que exponía ante todos los profesores y alumnos de la Facultad, quienes procedían a rebatir con argumentos)<sup>30</sup>. Se puede extraer así que las clases se estructuraban en buena parte a partir de las exposiciones de los alumnos y que se ponía énfasis en el dialogo y la discusión.

Esto tenía lugar porque lo que se perseguía era desarrollar en el futuro letrado una formación en destrezas jurídicas que le permitieran buscar una solución original, recurriendo a las diversas fuentes del derecho, argumentando de forma convincente y sabiendo combinar los materiales que provenían de la costumbre, jurisprudencia o doctrina. Vale la pena agregar que el estudio teórico del Derecho (y la obtención del grado) no era suficiente para poder conseguir el título de abogado y, en consecuencia, ejercer la abogacía requería acreditar que se conocía el derecho vigente y las leyes procesales que permitían la defensa en estrado. Como vimos, en la Universidad sólo se enseñaba derecho romano y derecho canónico dejándose de lado el estudio del derecho vigente, por lo que, aquellos estudiantes que pretendían ejercer como jurisperitos y actuar ante las audiencias se veían en la obligación de acudir al estudio de un abogado

---

<sup>28</sup> GERTOSIO PÁEZ, Alberto: *Los abogados en el Chile indiano: formación jurídica, normas reguladoras y aspectos éticos de una profesión*, memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad Adolfo Ibáñez, 2001, p. 23.

<sup>29</sup> *Ibíd.*, p. 28.

<sup>30</sup> *Ibíd.*, p. 29.

de prestigio con el fin de ayudarlo en sus labores forenses y de esa manera poder aprender el derecho práctico. Junto a ello, para ejercer la abogacía junto con el grado de Bachiller y el período de práctica se exigía la rendición de un examen, que era practicado por tres abogados sobre los principios de jurisprudencia y práctica (método y forma de seguir y sustanciar las causas civiles y criminales) y otro examen, esta vez público, en el que el aspirante a abogado exponía un pleito (los hechos en castellano y los fundamentos de derecho en latín) respecto del cual finalmente evacuaba una sentencia<sup>31</sup>. Como se puede observar, la forma de enseñar iba claramente de la mano con el modo en que estaban estructuradas las fuentes.

#### **f) Síntesis y descripción general del Derecho Indiano**

El sistema normativo colonial era muy complejo, debido fundamentalmente a que se reconocía la diversidad de la amplia extensión del Imperio, y que por otro lado no tenía como eje un sistema de concentración absoluta del poder como sería desarrollado por el Estado moderno. De allí que hubiese múltiples centros de producción legislativa tanto en España como en América y se reconociera alguna autonomía a autoridades regionales municipales e indígenas.

Junto a ello, como dice María Angélica Figueroa, “la corona castellana no se limitó a trasladar a América únicamente las normas legales vigentes en la península, también lo hizo con la propia concepción del Derecho que le servía de articulación”<sup>32</sup>. Según la axiología jurídica iusnaturalista que fue impuesta en las Indias y que tuvo expresión en innumerables textos de doctrina y legislación desde los pioneros de San Isidoro de Sevilla hasta los de Santo Tomás de Aquino, pasando por las Siete Partidas de Alfonso el Sabio, las normas del derecho que debían estar fundadas en la razón y el bien común o de lo contrario perdían su naturaleza. El derecho debía ser justo para que fuese derecho. Esta dependencia de la validez jurídica respecto de los contenidos justos, creó en los jueces y administradores locales un tipo de práctica jurídica favorable a la interpretación y adaptación del derecho. Había en el sistema indiano una “práctica jurídica según la cual el derecho escrito o positivo es sólo un primer paso en la

---

<sup>31</sup> *Ibíd.*, p. 39.

<sup>32</sup> FIGUEROA QUINTEROS, María Angélica: “La codificación civil chilena y la estructuración de un sistema jurídico legalista”, *ob. cit.*, p. 78.

definición del derecho aplicado... lo cual se logra luego de un proceso de interpretación, evaluación y adaptación de sus contenidos a las circunstancias específicas en las que se aplica”<sup>33</sup>. Todo lo dicho evidencia que la idea de derecho que inspiraba el orden indiano requería de un orden de fuentes plural y este fijaba el papel del juez y determinaba la forma en que se enseñaba el derecho, y que todas estas características posibilitaban, a su vez, que se concretara el principio constitutivo del derecho indiano.

## **2.2. Periodo de transición**

La descripción del periodo intermedio, entre 1810 y 1857 tiene, en cuanto a las fuentes del derecho dos ejes principales. Estos son las leyes marianas de 1837 y la ley de fundamentación de las sentencias de 1851. Las que, si bien modifican la estructura del sistema de fuentes indiano, tiende más a reafirmar la pluralidad de las fuentes que una perspectiva monista en este ámbito.

### **a) Leyes marianas**

El 2 de febrero de 1837 se dictó un breve “decreto – lei” que imponía a los jueces la obligación de fundar “breve y sencillamente” toda sentencia. El cambio que esta norma traía era enorme y estaba inspirada en el derecho racionalista liberal y en la distinción, expresada en acertadas palabras del profesor Topasio, entre una sentencia que vale no como acto de voluntad sino que como acto de razón<sup>34</sup>, y por ello requiere fundamentación. El 1º de marzo de ese mismo año se dictó otro “decreto – lei”, que complementaba el ya citado de febrero y que absolvía una serie de consultas hechas por la Corte Suprema, documento que es sumamente útil para mostrar como “funcionaba el sistema indiano vigente en materia de solución judicial de las controversias”<sup>35</sup>.

En síntesis, ambas normas establecen el siguiente sistema respecto de las fuentes del Derecho: existiendo ley que regule el caso, debe aplicarse ésta y dejarse expresa

---

<sup>33</sup> GARCÍA VILLEGAS, Mauricio y RODRÍGUEZ, César: “Derecho y Sociedad en América Latina: propuesta para la consolidación de los estudios jurídicos críticos”. En AA.VV., *Derecho y Sociedad en América Latina: Un debate sobre los estudios jurídicos críticos*, ILSA, Bogotá, 2003, p. 36.

<sup>34</sup> TOPASIO, Aldo: *Fuentes del derecho chileno en la precodificación*, ob. cit., p. 56.

<sup>35</sup> FIGUEROA QUINTEROS, María Angélica: “La codificación civil chilena y la estructuración de un sistema jurídico legalista”, ob. cit., p. 88.

mención de ella como fundamento de las sentencias. La costumbre derogatoria de la ley carece de valor, aún en los casos de ley penal en que la costumbre haya modificado una sanción excesivamente rigurosa; debe, en todo caso, aplicarse la ley y fundamentar la sentencia en ella, pero se otorga al juez la facultad de pedir, basado en la equidad, la conmutación de la penal legal por una menor.

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

#### **b) Ley de 1851 sobre fundamentación de las sentencias**

En pleno proceso de formación del Código Civil el año 1851 se dicta una nueva ley sobre el modo de acordar y fundar las sentencias. Dentro de la regulación de los requisitos exigidos a las sentencias el artículo 3° de esta ley, en su inciso 3° dispone que ellas deberán contener: “Los hechos y las disposiciones legales, en defecto de éstas la costumbre que tenga fuerza de ley, y a falta de una y otra, las razones de equidad natural que sirvan de fundamento a la sentencia”.

De acuerdo al texto transcrito, la ley de 1851 exige expresar en las sentencias, además del fundamento en los hechos del pleito, las disposiciones legales que hayan servido de base al fallo. A falta de ley se debía citar la costumbre, que “tenga fuerza de ley”. La profesora Figueroa llama la atención de que de las leyes procesales vigentes a la época no aparece claro el requisito exigido a la costumbre para que adquiriera el carácter de ley. Si tiene sentido, continúa la profesora, en relación al título preliminar del proyecto de Código Civil de 1841 – 1845, y a las normas que sobre esta materia contendrá el proyecto de 1853<sup>36</sup>.

Para el evento que faltaren la ley y la costumbre, la ley en comento dispone que las sentencias deben expresar “las razones de equidad natural que sirvan de

---

<sup>36</sup> *Ibíd.*, p. 98.

fundamento...”. En cuanto a la expresión o fórmula incorporada, esto es, “razones de equidad natural”, es preciso indicar que corresponde a un término usado por la codificación iusracionalista.

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

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

### **c) Propuesta de don Andrés Bello en 1853**

Además de estos dos cuerpos legales, se debe considerar el Proyecto de Código Civil publicado en 1853. En esta obra Andrés Bello propone una ordenación de las fuentes sensiblemente distinta de la que resultó promulgada y nos rige desde 1857. Si bien es un tema de extremo interés para este trabajo volveremos sobre él en el capítulo III, donde estudiaremos con más profundidad el significado de que Bello haya planteado esta regulación de las fuentes formales y cómo la doctrina ha analizado este asunto. Por ahora nos contentaremos con exponer los elementos más destacables de su proyecto.

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

El texto no señala expresamente el carácter subsidiario de la costumbre respecto de la ley, pero este se puede deducir del orden en la enumeración de las fuentes que se hace en el artículo 4 y del hecho en que la eficacia de la costumbre se haga derivar del cumplimiento de ciertos requisitos por los cuales se asimila su vigencia a la fuerza de la ley.

Continúa el articulado del Proyecto de 1853, después de definir la ley y la costumbre con fuerza de ley, estableciendo en el artículo 4 que: “En materias civiles, a falta de ley escrita o de costumbre con fuerza de ley, fallará el juez conforme a lo que dispongan las leyes para objetos análogos y a falta de éstas, conforme a los principios generales de Derecho y de equidad natural”. La norma del artículo 4 estaba destinada a regular sólo materias civiles, no tenía, por tanto, el carácter supletorio general que en definitiva adquirirán las disposiciones del Código Civil. No obstante da una amplitud considerable al juez para fallar.

Además de las disposiciones referidas, los artículos 52 y 53 del proyecto incorporan más elementos interesantes. El primero de ellos (el artículo 52) permitía que la costumbre derogara a la ley cuando concurrieran ciertos requisitos y el segundo consagraba la *desuetudo*, es decir, “la tácita derogación de la ley por el *no uso* o *desuso*”<sup>37</sup>.

En suma, lo que nos parece es que durante el periodo entre 1810 y 1857, las dos normas que reglamentan el orden de las fuentes del derecho y la propuesta de 1853 de Andrés Bello, que en opinión del profesor Topasio expone de manera más prístina el pensamiento de Bello<sup>38</sup>, muestran un sistema abierto a la pluralidad de fuentes formales del derecho, probablemente la ley de fundamentación de sentencias de 1851 disponga un esquema más restrictivo pero, en cualquier caso, es más amplio que el instituido por el Código Civil.

---

<sup>37</sup> TOPASIO FERRETTI, Aldo: *Fuentes del Derecho Chileno en la Codificación*, ob. cit, p. 43. En la página mencionada se pueden consultar los requisitos que se imponían para que operaran ambos mecanismos.

<sup>38</sup> TOPASIO FERRETTI, Aldo: “Carácter integrador e interpretativo de los principios generales del Derecho en la Codificación”. En *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Edeval, Valparaíso, N° 7, 1989, P. 139.

### 2.3. Periodo Legalista

En primer lugar, brevemente repasaremos las normas más relevantes sobre las fuentes del derecho que aparecen en nuestro Código Civil. Por supuesto debemos hacer mención al artículo 1° que define la ley, pero más importantes son en realidad, para comprender la prelación de las fuentes el artículo 2° donde establece que la costumbre sólo constituirá derecho cuando la ley se remita a ella y el tercero que dispone el efecto relativo de las sentencias en su inciso segundo. Son más útiles porque a partir de los dos últimos artículos referidos se configura el orden. Mucho se ha dicho sobre este tema y, en realidad, solo cabe hacer algunas prevenciones. En primer término nos parece que la declaración que se refiere a la costumbre es, dicho en términos claros, una derogación expresa de su vigencia, porque si su valor está supeditado a la remisión legal, y en el código las remisiones son sólo tópicas<sup>39</sup> entonces nombrar a la costumbre en el artículo segundo equivale a anunciar su derogación. Lo dicho por los primeros tres artículos se complementa con un sistema de interpretación reglado, que tiene “la clara intención de someter la voluntad del juez, a la voluntad originaria del legislador”<sup>40</sup>. Y además corresponde agregar que no existe en el Código Civil norma alguna que haga referencia a la integración de sus contenidos. La equidad y los principios generales del derecho (o dicho con las palabras del Código, espíritu general de la legislación) sólo son criterios de interpretación claramente subsidiarios.

Una pregunta que cabe hacerse es cómo la estructura legalista en nuestro derecho se fue consolidando. Porque obviamente ese tipo de alteraciones en la cultura jurídica<sup>41</sup> no se produce inmediatamente. Cómo se transmitió el legalismo en sus inicios, cómo fue pasando desde las declaraciones legislativas a los claustros y a los estrados. Evidentemente el cambio no fue inmediato. Existía en Chile una comunidad de

---

<sup>39</sup> Ver TOPASIO FERRETTI, Aldo: *Fuentes del Derecho Chileno en la Codificación*, ob. cit., pp. 46 y 47.

<sup>40</sup> MONTERO, Marcelo: “El discurso de la crisis de la profesión legal en Chile: consideraciones analíticas”. Disponible en <http://www.law.stanford.edu/publications/projects/perezperdomo/Monteros-profesionlegalenchile.pdf>, p. 7.

<sup>41</sup> Ocupó (y ocuparé en el curso de este trabajo) la expresión “cultura jurídica” del modo que se entiende en la sociología jurídica, esto es, como el “conjunto de valores, creencias, actitudes, ideas, modos de pensar y de sentir, prejuicios incluso, como también orientaciones y prácticas, que respecto del derecho prevalecen en una comunidad determinada y que tienden a expresarse de manera visible y constante en los comportamientos efectivos de los integrantes de esa comunidad” (SQUELLA, Agustín: *Filosofía del Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001, p. 536).

operadores jurídicos que su acervo y sus prácticas estaban determinadas por el sistema indiano. Por ello la modificación fue progresiva. Sin embargo, ya en 1863, como lo documenta Guzmán Brito, se publican dos trabajos bajo el nombre de Instituciones de derecho civil, que son los primeros libros sobre el código civil, sus autores: José Clemente Fabres y José Victorino Lastarria. “Eran textos destinados a la enseñanza elemental, en que el código era expuesto muy al pie de la letra, y de acuerdo con su sistemática original apenas reformada cuando razones de evidente lógica así lo aconsejaban. Está ausente en ellos cualquier intento de reelaboración dogmática, de interpretación y de presentación de problemas. Por ello a esta clase de literatura la denominamos de reexposición literal”<sup>42</sup>. Estas publicaciones por sus características van en la línea de ir formando una mentalidad que se relaciona con el derecho de otra manera. Lo que va quedando en el acervo jurídico es que hay un derecho que está fijado. Y de ese modo, no hay posibilidad para adaptar su contenido de forma de obtener una solución más equitativa, ni distancia crítica con los efectos que pueda generar la aplicación concreta de una disposición. En el mismo sentido respecto de su relación con la ley y que consiste en no apartarse de ella está el segundo tipo de obra que Guzmán Brito identifica como “comentario” y donde ubica a las publicaciones de Paulino Alfonso o Robustiano Vera<sup>43</sup>. Si bien las normas son ilustradas además de ser expuestas la actitud frente al cuerpo legal sigue siendo el mismo. La comunidad de académicos comenzó a trabajar con un material del que no podía sustraerse y esa es la declaración del título preliminar. De ahí, a través de la enseñanza del derecho impacta en la judicatura.

La etapa final de consolidación del legalismo, siguiendo el orden cronológico, llega a principios del siglo XX. Comenta el profesor Marcelo Montero que los textos de los autores franceses que habían comentado el código de Napoleón o que desarrollaban alambicadas teorías de dogmática jurídica, empezaron paulatinamente a llegar a Chile y a servir de base para la enseñanza del derecho. Así, el legalismo francés se trasplantaba a la educación legal chilena. Luis Claro Solar, uno de los abogados y juristas más prominentes del país, publicó un texto fundamental, de varios volúmenes, *Explicaciones*

---

<sup>42</sup> GUZMÁN BRITO, Alejandro: “El código civil de Chile y sus primeros intérpretes”. En Revista Chilena de Derecho, Vol. 19, N° 1, p. 86.

<sup>43</sup> Ídem.

*de Derecho Civil Chileno y Comparado*, que fue por mucho tiempo el texto básico para los estudios de derecho. Se impone definitivamente una metodología exegética que agrega comentarios que provenían de los textos franceses. Esta forma de escribir se tradujo en una forma de enseñar. El profesor de derecho enseñaba leyes, artículo por artículo y los estudiantes debían retener de memoria los preceptos legales<sup>44</sup>.

Obviamente esta actitud tenía un trasfondo sumamente serio y profundo, no es algo arbitrario o autoritario, hay un respaldo ideológico y filosófico muy legitimado. La mejor síntesis la efectúa la profesora Figueroa, explicando la primacía de la ley y la decadencia de la costumbre y la jurisprudencia de esta forma “La racionalidad presunta en la elaboración de la ley, la presentaba como la más confiable frente al subjetivismo imputado a la actividad jurisprudencial y más aún frente al proceso popular e inconsciente de la formación de la costumbre. La necesidad de vincular al juez a la aplicación de la ley se manifestaba en la imposición de fundar expresamente en ellas sus sentencias y en obligarlo a aplicar la ley en su sentido estricto mediante la regulación precisa de su interpretación.”<sup>45</sup>. Junto al racionalismo se pueden encontrar otros elementos de relevancia que también contribuyen a configurar el fenómeno legalista. En primer lugar la importancia que en el seno de la comunidad tenía la necesidad de darse una legislación propia, exclusivamente nacional. Además, hay otro factor en este fenómeno complejo y es el que entiende que la ley es la vía idónea para proclamar por el Estado los principios triunfantes de la Revolución francesa. Por ejemplo, terminar con la división estamental de los individuos que se proyectaba en el ordenamiento del Antiguo Régimen. En suma, no sólo se asociaba ley con derecho, sino que ambas también eran sinónimo de progreso.

### **3. La relevancia del cambio en el orden de las fuentes en el caso de Chile.**

Lo central en este apartado es señalar primero cuál es la importancia de que la prelación de las fuentes formales esté contenida en el Código Civil, desde un punto de vista jurídico estricto, pero también desde una perspectiva simbólica. En seguida, tratar

---

<sup>44</sup> MONTERO, Marcelo: “El discurso de la crisis de la profesión legal en Chile: consideraciones analíticas”, ob. cit., p. 8.

<sup>45</sup> FIGUEROA QUINTEROS, María Angélica: “La codificación civil chilena y la estructuración de un sistema jurídico legalista”, ob. cit., p. 80.

de dar cuenta del tipo de modificación que nuestra vida jurídica sufre con el paso del ordenamiento indiano al sistema de plenitud o, al menos, preeminencia de la ley en tanto fuente formal que se inaugura con el Código Civil en 1857, las disposiciones contenidas en el título preliminar del Código Civil, referentes al valor de las fuentes del Derecho, inician la transformación del sistema indiano hacia una concepción del Derecho en la cual se tiende a la paulatina identificación de la noción de Derecho con la de ley, eliminando el reconocimiento de la capacidad de la costumbre y de la jurisprudencia como formas de manifestación del Derecho. Cabe a propósito de esto detenerse en intentar saber como impactó sobre la enseñanza del derecho y sobre la actividad jurisdiccional.

Es muy importante que la estructura de nuestro sistema de fuentes esté formulada en el Código Civil, más allá de la relevancia de la declaración (el contenido), tiene una importancia semejante al cuerpo normativo (el continente) en que se incluyó. En primer lugar, hay una serie de razones normativas que explican su peso en el ordenamiento nacional. Su ámbito de aplicación excede claramente la esfera puramente civil o de derecho privado. El código civil es derecho común, se entiende que sus disposiciones, en especial las del título preliminar son de aplicación general<sup>46</sup>. Junto con ello vale destacar que una vez dictados los códigos posteriores, el Código Civil se volvió un cuerpo de aplicación supletoria de las leyes especiales. Además, hay que llamar la atención de que las disposiciones sobre la organización de las fuentes formales son las únicas reglas de nuestro ordenamiento en que se contiene el esquema general de fuentes y de su fuerza<sup>47</sup>. Asimismo la profesora Carmen Domínguez destaca que se ha calificado a las reglas contenidas en los primeros artículos del Código “casi como de ‘nivel constitucional’, desde que, en ellas se contienen las bases principales de la configuración de todo nuestro sistema jurídico”<sup>48</sup>. Podemos afirmar, con el profesor Topasio, que “su condición de cuerpo legal de general aplicación propició el hecho de que se extendiera su estatuto de fuentes – salvo tópicos excepciones – a todo el sistema

---

<sup>46</sup> TOPASIO FERRETTI, Aldo: “Carácter integrador e interpretativo de los principios generales del Derecho en la Codificación”, ob. cit., p. 144.

<sup>47</sup> DOMINGUEZ HIDALGO, Carmen: “Una revisita a los cinco primeros artículos del “Código Civil”: la concepción original y estado actual. En *El Código Civil de Chile (1855 – 2005)*, Santiago, Lexis Nexis, 2007, p. 307.

<sup>48</sup> Ídem.

jurídico nacional, favoreciendo así el positivismo, identificador del binomio ley – Derecho”<sup>49</sup>.

Junto a estas razones hay otras. No hay que olvidar que el Código Civil es considerado una obra maestra en su formulación y eso le da una legitimidad aún mayor<sup>50</sup>. Es el primer gran texto legal de nuestra vida independiente que regula con refinamiento todas las aristas de las relaciones jurídicas privadas. En esta misma línea de ideas es difícil no concordar con el profesor Antonio Bascuñán, cuando llama la atención sobre dos cuestiones relevantes, en primer término, que el Código Civil ha sido la piedra fundamental en la formación del abogado y, en segundo término, que la cultura jurídica interna está, en importante medida fundada en el Derecho Civil<sup>51</sup>.

Todo lo dicho hasta ahora nos lleva a concentrarnos en la enseñanza del derecho. Recordemos que ésta en el sistema colonial se caracterizaba (fuese por razones ideológicas, pragmáticas o de otra especie) por estar orientada a desarrollar habilidades de argumentación, examinar a los alumnos en base a casos y tenía una opción deliberada por la discusión y el diálogo. En cambio, la enseñanza del derecho, que desde nuestra perspectiva y por una combinación de factores que hemos intentado concatenar está cimentada en el orden de las fuentes formales que nos legó el Código Civil, tiene otras características. Y precisarlas es necesario, por que como expone Courtis “la enseñanza del derecho es el mecanismo principal de reproducción simbólica del derecho”<sup>52</sup>, por medio de ella se mantiene o modifica el capital jurídico de una sociedad determinada. La educación jurídica que se fue construyendo a partir de 1857 se ha caracterizado por la primacía que tiene la enseñanza de los Códigos, o sea, de las leyes vigentes, convirtiéndose la clase en un mero anticipo de lo que la ley dice. En

---

<sup>49</sup> TOPASIO FERRETTI, Aldo: “Carácter integrador e interpretativo de los principios generales del Derecho en la Codificación”, ob. cit., p. 144.

<sup>50</sup> Por todos, BRAVO LIRA, Bernardino: “Puntales de la codificación en el Viejo y en el Nuevo Mundo (1797 – 1855). Tres grandes modelos: Von Martini en Austria, Portalis en Francia y Bello en Chile”. En *El Código Civil de Chile (1855 – 2005)*, Santiago, Lexis Nexis, 2007, p. 125.

<sup>51</sup> BASCUÑÁN VALDÉS, Antonio: “El concepto de derecho y el problema de las fuentes del derecho. Rol expresivo e instrumental del derecho en la sociedad”. En AA.VV., *La cultura jurídica chilena*, ed. Agustín Squella, Corporación de Promoción Universitaria, Santiago, 1992, p. 56.

<sup>52</sup> COURTIS, Christian: Enseñanza jurídica y dogmática en el campo jurídico latinoamericano. En AA.VV., *Derecho y Sociedad en América Latina: Un debate sobre los estudios jurídicos críticos*, ILSA, Bogotá, 2003, p. 79.

cuanto a los métodos de evaluación se valora fundamentalmente la capacidad de memorización del estudiante. Se enseña el derecho como algo que está fijo, cristalizado, y que sólo corresponde retener<sup>53</sup>.

No se trata de hacer conjeturas sobre una forma alternativa de configuración de nuestra cultura jurídica, pero vale la pena preguntarse sobre cómo habría impactado en la enseñanza del derecho, un orden de fuentes distinto del que quedó plasmado en las primeras disposiciones del Código Civil. Y así evidenciar la relevancia de los cambios que se pueden producir en el sistema jurídico a partir de modificaciones en el estatuto de las fuentes formales. En primer lugar, en cuanto a los contenidos, si la equidad fuese una fuente supletoria contenida en el Código Civil debería estudiarse filosofía moral y filosofía jurídica en profundidad y esos ramos no estarían ubicados ni al principio ni al final de la malla curricular como suele ocurrir, casi por cumplir con la formalidad de darle a los estudiantes un barniz de cultura. Un fenómeno similar podría haber ocurrido con la Sociología o el estudio de la Historia del Derecho si la costumbre o los principios del derecho tuvieran relevancia en la resolución de las controversias ante los tribunales. Es obvio que el derecho vigente (determinando fundamentalmente por el orden de las fuentes) fija las orientaciones de la enseñanza del derecho. Y eso repercute en la opción de enseñar los ramos fundamentales como proyección de los códigos dictados. Junto con lo ya dicho, cabría señalar que si la ley no fuese, prácticamente la única fuente del derecho y, como consecuencia de ello, predominara la idea que la actividad jurisdiccional consiste fundamentalmente en aplicar la ley, la enseñanza clínica tendría una relevancia mucho mayor porque serviría no sólo para conocer las formas de trabajo de los abogados sino que contribuiría a la formación intelectual del futuro abogado, adiestrándolo en formas de argumentación.

Para terminar, e íntimamente vinculado con todo lo expresado hasta ahora hay que referirse a la actividad jurisdiccional. El juez indiano, como vimos, tenía amplias facultades para fallar, pudiendo recurrir a las distintas fuentes teniendo siempre como objetivo encontrar la solución más justa. Mientras los jueces que surgen del título

---

<sup>53</sup> Sobre este punto se puede consultar entre la enorme bibliografía existente a SQUELLA, Agustín: *Filosofía del Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001, pp. 581 y ss.; DÍAZ GARCÍA, Iván: "El aporte de las clínicas jurídicas a la enseñanza del derecho". En *Revista de Derecho*, N° 7, Universidad Católica de Temuco, 2006, pp. 63 y ss.; PEÑA GONZÁLEZ, Carlos: "Notas sobre abogados y educación legal (borrador para comentarios)". Disponible en <http://islandia.law.yale.edu/sela/penas.pdf>.

preliminar y su reproducción a través de la enseñanza se caracterizan por estar reducidos al de meros aplicadores de las normas jurídicas en la decisión de los casos sometidos a su conocimiento, entendiéndose “aplicación” como una tarea básicamente (cuando no exclusivamente) silogística<sup>54</sup>. Esto se funda en la distinción entre creación y aplicación del derecho al modo de dos actividades completamente distintas, no relacionadas entre sí y confiadas por el propio derecho a autoridades u órganos del estado también diferentes. Una afirmación comúnmente aceptada en nuestra comunidad jurídica. Otra idea que orienta esa actitud es aquella que sostiene que la creación del derecho se concentra en la actividad del poder legislativo (leyes ordinarias o comunes) y del poder ejecutivo (decretos con fuerza de ley, decretos), en tanto que la aplicación es de competencia del poder judicial, el que, por tanto, sería, en este sentido, un poder del estado de carácter subordinado con la evidente consecuencia de que los jueces quedarían liberados de toda responsabilidad en cuanto al estado del derecho en la sociedad y, más en concreto, en cuanto al contenido de sus mismos fallos<sup>55</sup>. De esta manera se ha caracterizado en diversos textos relativos a la cultura jurídica a la comprensión de la función judicial por nuestros operadores jurídicos. Y esta, nos parece se explica por que, de acuerdo a nuestro Código Civil, el juez tiene un escasísimo margen al momento de decidir una contienda.

Desde luego, no todos los cambios son atribuibles a la modificación que se verificó en la ordenación de las fuentes formales. Hay otros factores de relevancia que se combinan entre sí y que merecen ser estudiados en profundidad. Pero el objeto de líneas anteriores es evidenciar el cambio sustantivo que se produjo en el derecho chileno con la modificación de sus fuentes formales, y especialmente, que esto se haya producido en el Código Civil.

---

<sup>54</sup> Ver GONZALEZ MORALES, Felipe: “Algunas observaciones sobre cultura judicial y enseñanza del derecho en Chile”. En *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, N° 13, Edeval, 2002.

<sup>55</sup> SQUELLA, Agustín: *Filosofía del Derecho*, ob. cit, p. 569.

## CAPÍTULO II. LA ESCUELA CHILENA DE HISTORIADORES DEL DERECHO.

### 1. Delimitación de la Escuela

La denominación Escuela Chilena de Historiadores del Derecho (en adelante EChHD) ha sido ocupada en diversas publicaciones extranjeras<sup>56</sup>, por historiadores del Derecho que son miembros indiscutidos de ella como Antonio Dognac<sup>57</sup> o Alamiro de Ávila<sup>58</sup>, y también por profesores que explícitamente utilizan un enfoque diverso a la hora de estudiar la historia del derecho, como es el caso del profesor Eric Palma<sup>59</sup>. Si bien el rótulo se repite, a la hora de indicar quiénes pertenecen a la EChHD no hay claridad. En el caso de Antonio Dognac o Sergio Martínez Baeza, ellos mencionan antecedentes históricos de la EChHD y algunos nombres se repiten con profusión (Alamiro de Ávila, Manuel Salvat, Javier Barrientos) pero no se precisa o delimita en estos trabajos quiénes son parte de ella y quiénes no. Por su lado, el profesor Palma menciona a sus miembros más destacados, incluyendo a académicos que han desarrollado una valiosa labor en la Historia del Derecho pero que se han concentrado en otras disciplinas conexas y así, entiende como miembro de la EChHD al profesor Alejandro Guzmán Brito. Probablemente esta ausencia de claridad se explique porque siempre es difícil en asuntos como éste fijar de manera precisa y sencilla los miembros de una Escuela de trabajo académico. No obstante ello los distintos trabajos tienden a coincidir en señalar algunos nombres.

---

<sup>56</sup> BERNAL DE BUGEDA, Beatriz: “Historiografía jurídica hispanoamericana”. En *LXXV Años de Evolución Jurídica en el Mundo*, II, UNAM, México, 1979. SÁNCHEZ BELLA, Ismael, DE LA HERA, Alberto y DIAZ REMENTERÍA, Carlos: *Historia del Derecho Indiano*, Madrid, 1992. Publicaciones mencionadas por MARTÍNEZ BAEZA, Sergio: “Escuela Chilena de Historia del Derecho: aportes y desarrollo”, p. 1. Disponible en <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artescuelachilena>.

<sup>57</sup> DOUGNAC RODRIGUEZ, Antonio: “Alamiro de Ávila Martel cofundador de la Escuela Chilena de Historiadores del Derecho”. En AA.VV., *La Escuela Chilena de Historiadores del Derecho y los estudios jurídicos en Chile*, eds. Antonio Dognac y Felipe Vicencio, v. 1, Universidad Central de Chile, Santiago, 1999.

<sup>58</sup> ÁVILA MARTEL, Alamiro de: “Recuerdo de mi maestro Aníbal Bascuñán Valdés, fundador de la Escuela Chilena de Historiadores del Derecho”. En AA.VV., *La Escuela Chilena de Historiadores del Derecho y los estudios jurídicos en Chile*, eds. Antonio Dognac y Felipe Vicencio, v. 1, Universidad Central de Chile, Santiago, 1999.

<sup>59</sup> PALMA GONZÁLEZ, Eric: “Pasado, presente y futuro de la historia del derecho en Chile”, en *Forum Historiae Iuris*; <http://fhi.rg.mpg.de/debate/nuovomondo/pdf%20files/0903palma.pdf>

En esta memoria, para efectos metodológicos y de orden, se utilizará un concepto más restringido. Sin perjuicio de que el trabajo incluirá descripciones profundizadas, vale la pena indicar desde ya qué entenderemos en este trabajo por EChHD. De este modo, durante el curso de la lectura de la memoria se tendrá claro de qué hablamos cuando nos referimos a la EChHD o a sus miembros. La concurrencia de ciertos elementos (algunos de los cuales posteriormente serán desarrollados y matizados) determinan qué significará en este trabajo EChHD y estos son: a) el interés primordial por el cultivo del Derecho Indiano y el castellano medieval; b) la relación de maestro – discípulo entre sus miembros; c) la orientación historiográfica positivista; d) el que se trata, además, de un colectivo inserto en la tradición de la Escuela Conservadora y e) que están unidos por el tronco de la Universidad de Chile, ya sea como alumnos, como profesores o en ambas condiciones, especialmente ligados por el Seminario de Historia y Filosofía del Derecho que dirigió Alamiro de Ávila. De este modo, considerando estas notas debemos incluir sin duda alguna a: Alamiro de Ávila, Manuel Salvat, Antonio Dougnac, Bernardino Bravo Lira<sup>60</sup> y Javier Barrientos Grandón. Son ellos el núcleo duro y más sólido de la EChHD. Y sería bueno agregar a otros nombres destacados como Fernando Campos Harriet, Javier González Echenique, Sergio Martínez Baeza y Fernando Silva Vargas, en los que concurren algunas de las características, no todas, pero que sin duda forman parte y evidencian una cierta uniformidad con el “núcleo duro”. Además, aunque será explicado más adelante, es importante mencionar desde ya como maestro de la EChHD y a la vez miembro de la Escuela a Jaime Eyzaguirre Gutiérrez, probablemente junto con Aníbal Bascuñán la más determinante influencia intelectual de la EChHD.

Atendidas las características que se presentan, corresponde dejar afuera a los profesores que han cultivado fundamentalmente el Derecho Romano como Alejandro Guzmán Brito, Hugo Hanisch o Ángela Cattán. Y también deben excluirse, ya que por la naturaleza de su trabajo puede pensarse en incorporarlos en la EChHD, abogados que han descollado más en la Historia general que en la Historia del Derecho como Gonzalo Vial. No basta con que hayan publicado trabajos sobre temas histórico – jurídicos, sino que es necesario ese vínculo disciplinario que se prolonga en el tiempo, proyectado tanto en la investigación como en la docencia. Si bien algunos de los excluidos tienen

---

<sup>60</sup> En el caso del profesor Bravo Lira cabe indicar que también ha desarrollado estudios de alto nivel y generalidad sobre la Codificación y ciertas instituciones políticas.

vínculos sólidos con el núcleo duro de la EChHD, conforman en un sentido más amplio una comunidad académica (en cuanto profesores de Historia del Derecho y Derecho Romano), e incluso tienen cercanías ideológicas evidentes que sirven para caracterizar a la EChHD. Nos parece que el tipo de temas que tratan, los énfasis que en ellos ponen y el enfoque de trabajo se distancia de ese grupo más compacto de historiadores que reúne las notas distintivas ya enunciadas. En este trabajo la expresión EChHD hará referencia a ese grupo más acotado.

## **2. Historia de la EChHD.**

Para describir a la EChHD es pertinente intentar una breve cronología que permita situar bien cómo surgen y cómo construyen su marco de influencia. Aquí sólo se describirá su historia, no se hará referencia a su metodología. Sin embargo, cuando se trate de orientaciones historiográficas distintas sí nos detendremos en caracterizarlas con un poco de detalle. Respecto de la EChHD dedicaré una parte de este capítulo a cumplir con ese objetivo.

Para contar del surgimiento de la Escuela y precisar a sus fundadores es necesario explicar, previa y sumariamente, el estado de la enseñanza de la Historia del Derecho en la Universidad de Chile. Antes de 1902 no se enseñaba historia del derecho, sino derecho canónico y por cierto que durante todo el período anterior a 1902 se publicaron trabajos de historia con contenido jurídico, respecto de las cuales no nos referiremos<sup>61</sup>. Es precisamente en ese año, por las gestiones de ese gran intelectual que fue Valentín Letelier, y en el marco de una reforma más amplia del plan de estudios, que la asignatura de Derecho Canónico fue sustituida por el curso de Historia General del Derecho. A pesar de este cambio el profesor Pbro. José Eduardo Fabres siguió enseñando Derecho Canónico.

---

<sup>61</sup> Para profundizar la etapa de precursores en los estudios histórico – jurídicos se pueden consultar las obras de MARTÍNEZ BAEZA, Sergio: “Escuela Chilena de Historia del Derecho: aportes y desarrollo”, Ob, cit., y la de DOUGNAC RODRIGUEZ, Antonio: “La Escuela Chilena de Historiadores del Derecho”. En AA.VV., *La Escuela Chilena de Historiadores del Derecho y los estudios jurídicos en Chile*, eds. Antonio Dougnac y Felipe Vicencio, v. 1, Universidad Central de Chile, Santiago, 1999, pp. 307 – 309.

Recién en 1906 la cátedra creada cuatro años antes contó con un programa redactado por el propio Letelier<sup>62</sup>. La persona que primero enseñó esta asignatura siguiendo las enseñanzas de Letelier fue quien había sido su ayudante, Arturo San Cristóbal, a partir de 1912. Y, poco después, en reemplazo de éste último, Juan Antonio Iribarren, quien profesó la cátedra hasta 1954. Estos dos nombres se pueden syndicar como los discípulos de Letelier, y como parte de la tradición de – en palabras de Eric Palma – los “historiadores sociólogos”<sup>63</sup>. El programa de 1906 estaba diseñado de acuerdo a las ideas sociológico – positivistas de su autor, muy influido por el pensamiento de Comte. El profesor Iribarren, quien enseñó por más tiempo el ramo (38 años) y a través de quien pervivió la tradición de Valentín Letelier, consideraba que la Historia del Derecho es una ciencia que investiga con el objeto de conocer y exponer “en forma correlacionada y metódica” los hechos histórico – jurídicos y los fenómenos sociales que les sirven de motivo causal<sup>64</sup>. Como forma de explicar mejor su postura vale la pena destacar lo que exponía en sus clases cuando señalaba que “la defensa de los intereses morales y materiales que crean la cultura y la economía respectivamente, dan lugar al nacimiento y desarrollo de las correspondientes instituciones jurídicas, a medida que aquellas van apareciendo y perfeccionándose”<sup>65</sup>. Asimismo, sistematizó el curso en dos partes: Sociología Jurídica e Historia de la legislación. Así como dividía la asignatura, dividía la disciplina, como lo expresa su alumno Aníbal Bascuñán, correspondiendo a la Sociología Jurídica “el estudio de los fenómenos sociales con proyección jurídica, y a la Historia de la Legislación el de las manifestaciones del Derecho”<sup>66</sup>.

Con respecto al parecer de la EChHD sobre el tipo de enseñanza histórico jurídica que se impartía en la Universidad de Chile conviene mirar las opiniones de

---

<sup>62</sup> ÁVILA MARTEL, Alamiro de: “Recuerdo de mi maestro Aníbal Bascuñán Valdés, fundador de la Escuela Chilena de Historiadores del Derecho”, ob. cit., p. 206.

<sup>63</sup> PALMA GONZÁLEZ, Eric: “Pasado, presente y futuro de la historia del derecho en Chile”, ob. cit., párrafo 10.

<sup>64</sup> IRIBARREN, Juan Antonio: *Historia General del Derecho*, Editorial Nascimento, Santiago, 1938, p. 11.

<sup>65</sup> *Ibíd.*, p. 7.

<sup>66</sup> BASCUÑÁN VALDÉS, Aníbal: *Elementos de Historia del Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1954, p. 94.

Alamiro de Ávila Martel y Manuel Salvat. Sus juicios, siempre en un marco de respeto, dejan muy claro la distancia que los separaba de los planteamientos de Letelier. El primero señala que Iribarren “organizó su curso teniendo como base los libros de su mentor, la Génesis del Derecho y la Génesis del Estado, que son el prototipo de las construcciones positivistas basadas en unos esquemas a priori de evolución, los que se rellenan en cientos de páginas, con datos referentes a cualquier lugar y a cualquier época, los que se consideran prueba suficiente de los esquemas”<sup>67</sup>. Por su parte, Salvat, al referirse a los historiadores sociólogos, los califica como pseudo historiadores del derecho. Y en un párrafo resume bien las ideas de la EChHD sobre el método de Letelier y sus discípulos, “Ni al alumno ni al jurista interesan estas elucubraciones basadas en un sociologismo trasnochado. Lo que ellos quieren saber es cuál fue el antecedente de las leyes y códigos que estudian en los ramos positivos, cuál fue y es nuestro trasfondo jurídico – el espíritu general de la legislación - y, para cumplir con este anhelo es preciso enseñarles la historia-verdad, aquella basada en documentos y datos concretos, que esté fundada en nuestra realidad histórica, que es la descendencia de lo ibérico y lo indiano”.<sup>68</sup>

Los miembros de la EChHD mencionan de forma unánime a don Aníbal Bascuñán Valdés como su fundador, y ubican el año 1932, como el año en que se inicia la vida de la Escuela al crearse una segunda cátedra de Historia del Derecho, en forma paralela a la de don Juan Antonio Iribarren, a cargo del propio Bascuñán, recién llegado de Madrid con el grado de Doctor en Derecho. Éste había sido alumno y era discípulo de Juan Antonio Iribarren, pero desde España trajo una concepción claramente diferente de la Historia del Derecho que la que profesaban los historiadores sociólogos. Su opción teórico – metodológica fue la de desgranar la Historia del Derecho de la Sociología y convertirla en una ciencia autónoma<sup>69</sup>. Le asignaba la tarea de reconstruir, valorar y exponer el Derecho en cuanto proceso. Además proponía el estudio de cuestiones no exploradas de los derechos indoamericanos o aborígenes, las culturas precolombinas,

---

<sup>67</sup> ÁVILA MARTEL, Alamiro de: “Recuerdo de mi maestro Aníbal Bascuñán Valdés, fundador de la Escuela Chilena de Historiadores del Derecho”, ob. cit, p. 207.

<sup>68</sup> SALVAT MONGUILLOT, Manuel: “Necesidad de la perspectiva histórica en los estudios de Derecho”. En AA.VV., *La Escuela Chilena de Historiadores del Derecho y los estudios jurídicos en Chile*, eds. Antonio Dougnac y Felipe Vicencio, v. 1, Universidad Central de Chile, Santiago, 1999, p. 274.

<sup>69</sup> BASCUÑÁN VALDÉS, Aníbal: *Elementos de Historia del Derecho*, ob. cit., p. 95.

etc. La influencia de Rafael Altamira, quien lo formó en una concepción distinta, más contemporánea de la Historia del Derecho, y lo introdujo en el interés fundamental por el Derecho Indiano, determinó que el profesor Bascuñán modificara el programa que se venía impartiendo desde 1906. Incluyó temas como la teoría de la historia del derecho, el estudio de los sistemas jurídicos indígenas y la inserción del estudio de los sistemas jurídicos en su respectivo entorno, considerando factores políticos, económicos y culturales. En 1934, se oficializó el cambio del programa, quedando subsistentes algunos temas “impertinentes”, como los califica Alamiro de Ávila<sup>70</sup>, propios del programa de Letelier. En 1949, el programa se vuelve a modificar, ahora si está hecho a imagen y semejanza de las ideas de Bascuñán y sus discípulos. Donde lo central del programa era el estudio del derecho español, desde la prehistoria hasta el siglo X; el derecho castellano y el derecho indiano<sup>71</sup>. Esta modificación constituye un hito en la enseñanza histórico – jurídica en Chile, pues se le depura de los últimos vestigios de la concepción sociológica que había predominado previamente.

El profesor Aníbal Bascuñán, a través del Seminario de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, del que fue su director, formó discípulos que siguieron su magisterio en la Historia del Derecho: Alamiro de Ávila Martel y Manuel Salvat Monguillot<sup>72</sup>, quienes asumieron las cátedras de Historia del Derecho y cuya amistad personal y honda complicidad intelectual explica el desarrollo de la EChHD<sup>73</sup>.

Para Alamiro de Ávila Martel<sup>74</sup> y Sergio Martínez<sup>75</sup>, y en general para los miembros de la EChHD, Aníbal Bascuñán es el auténtico fundador de la EChHD, ya

---

<sup>70</sup> ÁVILA MARTEL, Alamiro de: “Recuerdo de mi maestro Aníbal Bascuñán Valdés, fundador de la Escuela Chilena de Historiadores del Derecho”, ob. cit., p. 208.

<sup>71</sup> *Ibíd.*, p. 209.

<sup>72</sup> AVILA MARTEL, Alamiro de: “Discurso de agradecimiento del profesor emérito Alamiro de Ávila Martel”, en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, Santiago, N° 15, 1989, p. 349.

<sup>73</sup> DOUGNAC RODRIGUEZ, Antonio: “Alamiro de Ávila Martel cofundador de la Escuela Chilena de Historiadores del Derecho”, ob. cit., pp. 237 y 238.

<sup>74</sup> ÁVILA MARTEL, Alamiro de: “Recuerdo de mi maestro Aníbal Bascuñán Valdés, fundador de la Escuela Chilena de Historiadores del Derecho”, ob. cit.

<sup>75</sup> MARTÍNEZ BAEZA, Sergio: “Del Derecho Indiano al Derecho Común: la Escuela Chilena de Historiadores del Derecho”. En AA.VV., *La Escuela Chilena de Historiadores del Derecho y los estudios*

que fue él quien renovó los estudios de Historia Jurídica en Chile, trajo el interés por el Derecho Indiano como una novedad desde España, y, a través del trabajo académico – fundamentalmente la preparación para la investigación y la formación de dos talentosos discípulos – cimentó el derrotero de la EChHD. Sin embargo, Eric Palma, difiere de esa idea, ya que, por una parte, destaca que tanto la visión de Bascuñán como la de los historiadores sociólogos se encontraban abiertas a una comprensión del Derecho como producto social, como fenómeno dotado de una relativa y no absoluta autonomía<sup>76</sup>. E identifica las diferencias entre la concepción de Bascuñán, que denomina bifronte, y la de sus discípulos (que dio lugar a la EChHD). Así, Palma se aleja de lo planteado varias veces por don Alamiro de Ávila y el profesor Martínez quienes mencionan a Aníbal Bascuñán como fundador de la EChHD. La razón estriba en que Eric Palma ubica en la EChHD una concepción historiográfica seguidora absoluta del pensamiento del historiador del derecho español Alfonso García Gallo, quien proponía un monismo metodológico que se opondría a la concepción dual sustentada por Bascuñán<sup>77</sup>.

Aníbal Bascuñán Valdés hizo una cosa más, que fue extremadamente significativa para el surgimiento y consolidación de la EChHD, y esa fue la de acoger en la Universidad de Chile a Jaime Eyzaguirre. Lo invitó primero a publicar trabajos en el Boletín del Seminario de Derecho Público, y éste así lo hizo desde 1935 en adelante<sup>78</sup>. Fue, además, y este es quizás el dato más relevante, profesor de Historia del Derecho (desde 1953) y de Historia Constitucional de Chile (desde 1951). Ahí fue maestro de generaciones de futuros abogados transmitiendo su perspectiva en miembros influyentes de la sociedad y en futuros académicos de la EChHD<sup>79</sup>. Posteriormente, en sus últimos años, centró toda su actividad en la Facultad de Derecho de la Universidad

---

*jurídicos en Chile*, eds. Antonio Dougnac y Felipe Vicencio, v. 1, Universidad Central de Chile, Santiago, 1999, p. 322.

<sup>76</sup> PALMA GONZÁLEZ, Eric: “Pasado, presente y futuro de la historia del derecho en Chile”, ob. cit., párrafo 17.

<sup>77</sup> *Ibíd.*, párrafo 21.

<sup>78</sup> DOUGNAC RODRIGUEZ, Antonio: “Jaime Eyzaguirre y la Historia del Derecho”. En AA.VV., *La Escuela Chilena de Historiadores del Derecho y los estudios jurídicos en Chile*, eds. Antonio Dougnac y Felipe Vicencio, v. 1, Universidad Central de Chile, Santiago, 1999, p. 248.

<sup>79</sup> *Ibíd.*, p. 242 y ss.

de Chile, como profesor de jornada completa<sup>80</sup>. Por otro lado, en la Pontificia Universidad Católica de Chile, Eyzaguirre enseñó también Historia del Derecho, y formó, bajo su alero, a destacados intelectuales como Gonzalo Vial, y a Javier González, Fernando Silva y Bernardino Bravo<sup>81</sup>, los tres últimos, como ya se ha dicho, miembros de la EChHD, y que luego se unirían al claustro de la Universidad de Chile<sup>82</sup>. Jaime Eyzaguirre, además, dirigió dos memorias galardonadas con el Premio Ricardo Levene<sup>83</sup>. La influencia ideológica y metodológica de Jaime Eyzaguirre sobre los otros miembros de la EChHD será expuesta más adelante, sólo nos contentamos ahora con exponer su presencia en la evolución de la Escuela.

Empezando la década de los cincuenta, el profesor Bascuñán deja la actividad en el área histórica – jurídica para concentrarse en otras disciplinas y en otras responsabilidades profesionales. En esa misma época dejó el trabajo docente el profesor Iribarren, y pasaron a ocupar sus plazas, Manuel Salvat (quien reemplazó a Bascuñán) y Jaime Eyzaguirre (que reemplazó a Iribarren). Además, en 1949 se había creado una tercera cátedra en la que enseñaba Alamiro de Ávila. Ese momento, en que los tres cursos de Historia del Derecho son impartidos por miembros de la EChHD, marca el inicio de su hegemonía, y desde allí comienza su fortalecimiento. En 1959 se funda la Revista de Historia del Derecho (que lleva 20 números), siendo su primer director Alamiro de Avila y cuyo consejo científico evidencia una presencia mayoritaria de la Escuela<sup>84</sup>. La mencionada publicación ha servido como un espacio de difusión de las investigaciones de diversa índole de la Escuela. Un contingente importante de miembros de la EChHD concurre a la fundación del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, que fue creado en Buenos Aires en 1966. Su junta directiva de tres miembros estaba compuesta por Alfonso García – Gallo, Ricardo Zorraquín Becú y Alamiro de

---

<sup>80</sup> ÁVILA MARTEL, Alamiro de: “Jaime Eyzaguirre y la Historia del Derecho” en Revista Chilena de Historia del Derecho, Santiago, N° 5, 1969, p. 8.

<sup>81</sup> *Ibíd.*, p. 250.

<sup>82</sup> DOUGNAC RODRIGUEZ, Antonio: “La Escuela Chilena de Historiadores del Derecho”, *ob. cit.*, pp. 313 y 314.

<sup>83</sup> Tierras y pueblos de indios en el Reino de Chile. Esquema histórico – jurídico. de Fernando Silva Vargas (1962) y La Tasa de Gamboa de Ágata Giglio Viel (1961).

<sup>84</sup> Durante su evolución ha contado con la participación de Avila Martel, Salvat, Bravo Lira (su actual director) y Dognac.

Ávila, de sus veintiún miembros fundadores cinco son chilenos y tres pertenecen indiscutidamente a la EChHD<sup>85</sup>. Respecto de su lugar en la docencia en la Universidad de Chile cabe agregar que, de acuerdo a lo expuesto por Sergio Martínez Baeza<sup>86</sup>, en los cargos de profesor que fueron dejando vacantes Jaime Eyzaguirre, Alamiro de Ávila y Manuel Salvat, los reemplazaron Bernardino Bravo, Antonio Dougnac y el mismo Martínez, respectivamente. Demás está decir que a tres miembros de la EChHD los reemplazaron otros tres miembros de la siguiente generación de la misma Escuela. De esta forma, queda claro como la EChHD se fue consolidando, en la práctica, como la única orientación historiográfica – jurídica en nuestro país.

### 3. Caracterización metodológica e ideológica

En el aspecto metodológico hay dificultad en identificar rasgos comunes, porque en los estudios de los miembros de la EChHD no suele haber mucho análisis sobre esta materia, a diferencia de lo que si uno puede observar en obras de autores españoles<sup>87</sup>. Por ejemplo, una valiosa obra editada por Antonio Dougnac y Felipe Vicencio dedicada a la EChHD<sup>88</sup> reúne varios artículos, algunos muy útiles para comprender su surgimiento e identificar los temas más tratados por ella, pero no tiene un trabajo dedicado a aspectos de metodología, y se pueden encontrar pocos – y breves – testimonios desperdigados sobre su forma de afrontar la investigación. Ahora, cuando se trata de una caracterización de los presupuestos ideológicos es una tarea un poco menos compleja, porque se pueden encontrar afirmaciones que, al menos en el campo historiográfico, dan buenas coordenadas para ubicarlos ideológicamente. Por lo tanto, caracterizar en ambos aspectos a la EChHD supone combinar diversas declaraciones

---

<sup>85</sup> Además de Avila Martel, estaban Salvat y Martínez Baeza. Ver MARTÍNEZ BAEZA, Sergio: “Del Derecho Indiano al Derecho Común: la Escuela Chilena de Historiadores del Derecho”, Ob. cit. p. 323. con posterioridad se unieron al Instituto profesores tales como Campos Harriet, González Echenique, Bravo Lira, Dougnac, Fernando Silva, Javier Barrientos, Horacio Aránguiz, Monseñor Carlos Oviedo, entre otros.

<sup>86</sup> MARTÍNEZ BAEZA, Sergio: “Escuela Chilena de Historia del Derecho: aportes y desarrollo”, ob. cit., p. 6.

<sup>87</sup> Se pueden consultar, como ejemplos de esta situación: PEREZ PRENDES, José Manuel: Curso de Historia del Derecho español, Universidad Complutense, Madrid, 1983, pp. 137 a 301 y TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: Manuel de Historia del Derecho español, ob.cit., pp. 36 y ss.

<sup>88</sup> *La Escuela Chilena de Historiadores del Derecho y los estudios jurídicos en Chile*, eds. Antonio Dougnac y Felipe Vicencio, 2 volúmenes, Universidad Central de Chile, Santiago, 1999.

contenidas en diferentes lugares para poder indicar, por cierto muy provisoriamente, sus elementos más relevantes en el plano metodológico e ideológico. Vale la pena agregar que las características que se señalarán a continuación se relacionan unas con otras y es difícil hablar de una independizándola totalmente de las otras. Cabe indicar, además, que no se puede ubicar mecánicamente a la EChHD dentro de una línea historiográfica. Son claramente conservadores, en tanto son claros admiradores de la construcción portaliana. No obstante ello, metodológicamente no siguen la corriente intuitiva de la Escuela Conservadora de Edwards Vives y Encina<sup>89</sup>; son más cercanos al positivismo de los viejos historiadores como José Toribio Medina. Por otro lado, siguen el hispanismo de Jaime Eyzaguirre, que no compartía el resto de la tradición conservadora<sup>90</sup>. Así, no es posible encasillarlos y para caracterizar su trasfondo metodológico e ideológico es necesario matizar cada descripción. Hechas estas precisiones, consideramos que los rasgos distintivos de la EChHD son cuatro: valoración de la tradición, proximidad con la Escuela historiográfica conservadora del siglo XX, hispanismo y positivismo historiográfico.

### **3.1. Valoración de la Tradición**

Existe en la EChHD una valoración de la tradición que a mi juicio se proyecta en dos cuestiones relevantes: primero, en la percepción que tienen de su relación con los grandes historiadores chilenos del pasado y, en segundo lugar, la relación que establecen con el objeto de estudio. Es importante señalar que este gusto por la tradición no lo entendemos como una opción ideológica por la preservación de un orden económico, social y político anterior, sino que más bien es una predilección por lo que nos ha precedido, por seguir vinculado con el pasado invocándolo y manteniendo parte de sus caracteres. Recordar y sentirse parte de un pasado con el que se está imbricado. Cuidando ese patrimonio, evitando que desaparezca e identificándose con él.

---

<sup>89</sup> GAZMURI, Cristián: *La Historiografía Chilena (1842 – 1970)*, Tomo II, Centro de Investigaciones Barros Arana, Taurus, Santiago, 2009, p. 81.

<sup>90</sup> PINEDO, Javier: “El pensamiento de los ensayistas y científicos sociales en los largos años 60 en Chile (1958 – 1973). Los críticos al proyecto de Francisco A. Encina”. En *Atenea*, N° 497, I semestre 2008, pp. 131 y ss.

En primer lugar, los miembros de la EChHD se sienten parte de la larga tradición de abogados – historiadores que desde Lastarria o los hermanos Amunátegui, pasando por Encina hasta Gonzalo Vial ha cultivado con éxito la historia política, social y militar de Chile. En este sentido, la afirmación de Alamiro de Ávila Martel quien sostiene que don José Toribio Medina es el *pater familias* de nuestros investigadores en el campo de la Historia<sup>91</sup> es una buena muestra de la convicción que los une y anima. En un artículo dedicado precisamente al estudio que miembros de la EChHD ha efectuado del Derecho Indiano, el profesor Ricardo Molina ubica a Bravo Lira, Ávila Martel y también a Luis Lira Montt dentro de una larga tradición (que abarcaba en ese momento dos siglos) de “juristas que se dedicaron y aún dedican su tiempo y su trabajo a la investigación del pasado”, que ha “configurado una corriente de intelectuales que ha traspasado las fronteras”, agregando más adelante que “Nombres como Miguel Luis Amunátegui, José Toribio Medina, Diego Barros Arana, Domingo Amunátegui, y más tarde, Jaime Eyzaguirre, Julio Heise, Mario Góngora o Gonzalo Vial, agregados a ellos los tres académicos que hemos aquí referido y muchos otros distinguidos hombres de derecho, han generado una fuente de conocimientos e información que ha sido enriquecida -paralelamente- con los aportes de otros historiadores profesionales”<sup>92</sup>. Una evidencia de que se sienten parte de una larga tradición es que su magisterio e investigación se refiere fundamentalmente a la Historia del Derecho, aunque también han cubierto, como otrora lo hicieron sus ilustres antecesores, otras materias tales como, estudios acerca de grandes personajes<sup>93</sup>, llegando incluso a tratar temas como la bibliografía, numismática o heráldica<sup>94</sup>, ubicándose de este modo en la línea de quienes se dedicaron a la “recopilación archivística, la monografía erudita y la genealogía oligárquica” como expone Gabriel Salazar al referirse a historiadores como José Toribio

---

<sup>91</sup> AVILA MARTEL, Alamiro de: *Curso de Historia del Derecho*, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1955, p.79.

<sup>92</sup> MOLINA VERDEJO, Ricardo: “Aproximación al estado de la investigación contemporánea del Derecho Indiano en Chile, Bernardino Bravo Lira, Luis Lira Montt y Alamiro de Ávila Martel”. En *Revista de Derecho*, Valdivia, Vol. IV, 1993, p. 87.

<sup>93</sup> Se pueden señalar como ejemplos el caso de ÁVILA MARTEL, Alamiro de: *Cochrane y la independencia del Pacífico*, Editorial Universitaria, Santiago, 1976; de MARTÍNEZ BAEZA, Sergio: *Vida del General Juan Gregorio Las Heras 1780-1866*, Academia Nacional de Historia, Buenos Aires, 2009; de SILVA VARGAS, Fernando: *Pensamiento de Balmaceda*, Editorial Gabriela Mistral, Santiago, 1974; y de CAMPOS HARRIET, Fernando: *Alonso de Ribera: gobernador de Chile*, Editorial Universitaria, Santiago, 1987.

<sup>94</sup> Ver de GAZMURI, Cristián: *La Historiografía Chilena (1842 – 1970)*, ob. cit., pp. 207 y ss., pp. 398 y ss.

Medina o Juan Luis Espejo. Esta actitud también está presente cuando, al referirse a los antecedentes de la Historia del Derecho en Chile, profesores miembros de la EChHD vuelven a los trabajos con aportes en materia jurídica de Medina, Vicuña Mackenna o los hermanos Amunátegui<sup>95</sup>. Esta observación tiene una repercusión, pues los grandes sabios docentes (como el mismo Medina, Eugenio Pereira o Guillermo Feliú Cruz) trabajaron con un estilo erudito, estrictamente positivista, donde lo que importa es el hecho, el dato, las fuentes bien investigadas y esta orientación metodológica explica en parte el sistema de trabajo de la EChHD.

En cuanto a la valoración de la tradición en su relación con su objeto de estudio la mejor descripción nos las da Alamiro de Avila Martel, cuando recordando a Jaime Eyzaguirre dice junto a él y otros se dedicaron a “una recreación del pasado jurídico”<sup>96</sup>, lo que indica una forma especial de entender su oficio y su función. Pero probablemente el mejor ejemplo del apego a la tradición son algunos de los trabajos de Javier Barrientos, que se refieren a la biografía de grandes juristas indianos<sup>97</sup>. En ellos gran parte de su análisis se refiere a aspectos biográficos, de su descendencia, títulos y cargos que ostentaron ellos y que luego heredaron sus familias. La relación con el pasado, con la tradición se acerca en algunos momentos a una valoración de esa época con un cierto aire de nostalgia.

### **3.2. Pertenencia a la Escuela Conservadora**

Sobre la Historiografía Conservadora se ha escrito muchísimo en Chile. Difícil es caracterizar sintéticamente todo lo que se ha dicho sobre ella. En primer término, indiscutidamente se ubica al trío conformado por Francisco Antonio Encina, Alberto Edwards y Jaime Eyzaguirre como los fundadores y, a la vez, miembros más brillantes de la Escuela Conservadora. Se les reconoce su extraordinaria capacidad para llegar al

---

<sup>95</sup> DOUGNAC RODRIGUEZ, Antonio: “La Escuela Chilena de Historiadores del Derecho”, ob. cit., pp. 307 a 309.

<sup>96</sup> ÁVILA MARTEL, Alamiro de: “Jaime Eyzaguirre y la Historia del Derecho”, ob. cit., p. 7.

<sup>97</sup> Como ejemplos los trabajos “Juan Francisco Montemayor de Cuenca (1618 - 1685) entre Derecho indiano, Derecho común y Derecho foral”. En Revista de Estudios Histórico- Jurídicos, N° 23, Valparaíso, pp.125 – 208 y “Melchor Bravo de Sarabia (1512-1577): Primer Miembro del Colegio de San Clemente de Bolonia en la Judicatura Indiana, y su Familia de Togados”. En Revista de Estudios Histórico- Jurídicos, N° 29, Valparaíso, p.423 – 436.

público culto no especializado que manda y pesa con “ensayos históricos” bien escritos, con tesis originales y polémicas. Han construido, para algunos autores, un cierto sentido común desde la difusión de sus tesis en el público en general<sup>98</sup>. Si bien entre ellos hay diferencias (la relación crítica o admirativa con el legado español, por ejemplo) hay una cuestión que los une: las “tres E” no dudaron en “estampar la huella de su intencionalidad política”. La idea madre de la Escuela Conservadora es que el argumento central de la historia de Chile es el ‘orden en si’ fundado por el gran estadista Portales”<sup>99</sup>. Además, la reivindicación de la figura de Portales, imagen simbólica por excelencia de lo que debiera ser el futuro de Chile expresa otra característica de la Escuela Conservadora, que es el traspaso a su visión de la historia de las prácticas políticas autoritarias. De hecho, puede entenderse su visión de la historia como un intento de demostración de su postulado de que un proyecto político viable en Chile debe incorporar elementos autoritarios. Ellos, con la popularidad de sus afirmaciones configuraron el tronco principal del pensamiento político del siglo XX, cimentando el pedestal heroico de Portales. El mito portaliano está presente en las obras más relevantes de varios miembros de la EChHD. En el caso de Alamiro de Ávila, al referirse a la situación de Chile posterior a 1833 y la modificación que había experimentado la convivencia social después de los ensayos liberales sostiene que ese cambio no se explicaba a través de la nueva Constitución “sino el espíritu insuflado al régimen por Portales: un total respeto a la autoridad, una administración limpia y eficaz, lo que permitió la tranquilidad pública, el desarrollo económico y cultural y la alta respetabilidad del país en el exterior”<sup>100</sup>. Asimismo, encontramos exposiciones similares en obras de Campos Harriet<sup>101</sup> y Bernardino Bravo Lira<sup>102</sup>. Por cierto, el puente entre la tradición historiográfica conservadora y la EChHD es la figura de Jaime Eyzaguirre,

---

<sup>98</sup> CORVALÁN MÁRQUEZ, Luis: “Notas preliminares para un estudio sobre la relación entre historiografía y política en el pensamiento conservador chileno”. En Encuentro XXI, año 4, N° 13, 1998, pp. 116.

<sup>99</sup> SALAZAR, Gabriel: *Construcción de Estado en Chile (1800 – 1837). Democracia de los “pueblos”. Militarismo ciudadano. Golpismo oligárquico*, Editorial Sudamericana, 2ª edición, Santiago, 2007, p. 32.

<sup>100</sup> ÁVILA MARTEL, Alamiro de: *Andrés Bello. Breve ensayo sobre su vida y su obra*, Editorial Universitaria, 2ª edición, Santiago, 1987, p. 41.

<sup>101</sup> CAMPOS HARRIET, Fernando: *Historia Constitucional de Chile*, Editorial Jurídica de Chile, 7ª edición, Santiago, 1997, p. 157 y ss.

<sup>102</sup> BRAVO LIRA, Bernardino: “Portales y el tránsito del Absolutismo Ilustrado al Estado constitucional de Chile”. En AA.VV., *Portales, el hombre y su obra. La consolidación del gobierno civil*, comp. Bernardino Bravo Lira, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1989, p. 438 y ss.

integrante, como se dijo de las “tres E” y fundador e inspirador de la EChHD. Entre los historiadores los miembros de la EChHD, en las ocasiones que aparecen nombrados siempre son referidos como conservadores<sup>103</sup>.

La pertenencia a la Escuela Conservadora de la EChHD se ve refrendada por el hecho de que todos sus integrantes destacados fueron o son miembros de la Academia Chilena de Historia, dependiente del Instituto de Chile. Si bien la Academia es una sociedad de científicos, y en la nómina de integrantes de número y correspondientes están presentes buena parte de los mejores historiadores de Chile (y hay asimismo importantes ausencias como Sergio Villalobos o Gabriel Salazar) tiene un indiscutible cariz conservador. Esta característica la indica precisamente un miembro de número de la Academia, el profesor Cristián Gazmuri, quien señala una serie de símbolos que confluyen en la fundación de la Academia Chilena de Historia evidenciando el talante conservador que la inspira: primero, nació bajo el auspicio de la Universidad Católica de Chile, en vísperas del centenario de la Constitución de 1833 y además, surgió como una alternativa a la Sociedad Chilena de Historia y Geografía, de tendencia laica y liberal. Agrega Gazmuri que para él la inspiración más definida de la Academia era su comunión con una postura definida: la cristiana e hispanista<sup>104</sup>. Su secretario fue, por más de 30 años, Jaime Eyzaguirre. La Academia publica desde su fundación un Boletín de la Academia Chilena de Historia, que se transformó – siempre en la opinión de Cristián Gazmuri – en el órgano de difusión de una línea historiográfica y de un grupo de historiadores más bien cerrado. Pues bien, desde su fundación hasta hoy diez miembros de la EChHD pertenecieron o pertenecen a la Academia<sup>105</sup>.

---

<sup>103</sup> Respecto de Bernardino Bravo Lira, ver “Balance historiográfico y una primera aproximación al canon”. En AA.VV., *Balance Historiográfico Chileno. El orden del discurso y el giro crítico actual*, ed. Luis de Mussy, Ediciones Universidad Finis Terrae, Santiago, 2007, p. 52. Sobre Alamiro de Ávila y Javier González Echenique, ver GAZMURI, Cristián: *La Historiografía Chilena (1842 – 1970)*, Tomo II, Centro de Investigaciones Barros Arana, Taurus, 2009, p. 207 y p. 209. Se puede consultar también: GARCIA HUIDOBRO BECERRA, CRISTÓBAL, Recensión al trabajo de Gabriel Salazar “Construcción de Estado en Chile (1800-1837). Democracia de los "pueblos", militarismo ciudadano. Golpismo oligárquico.” En *Revista Historia*, N° 40, Vol. I, p. 196.

<sup>104</sup> GAZMURI, Cristián: *La Historiografía Chilena (1842 – 1970)*, ob. cit., pp. 98 y ss.

<sup>105</sup> Los ya conocidos Alamiro de Ávila, Bernardino Bravo Lira, Javier Barrientos, Fernando Campos Harriet, Antonio Dougnac, Jaime Eyzaguirre, Javier González Echenique, Sergio Martínez Baeza, Manuel Salvat y Fernando Silva Vargas. Esta información se puede verificar en <http://www.institutodechile.cl/historia/>

### 3.3. Hispanismo

Frente a la actitud de la historiografía liberal del siglo XIX, sumamente crítica del periodo de dominación española, surgió en Chile en el siglo XX una corriente opuesta, el hispanismo, que tuvo en Jaime Eyzaguirre su principal exponente y que revalorizó el legado cultural y religioso del pasado hispánico de Chile, en el que vio el elemento central de la identidad histórica del país. Su labor se puede sintetizar en dos grandes líneas de trabajo intelectual: a) la superación de la leyenda negra de la Conquista y b) una interpretación del proceso de independencia diverso del que hasta ese momento se conocía y manejaba, explicado fundamentalmente en *Ideario y ruta de la emancipación chilena*.

Entre los miembros de la EChHD encontramos afirmaciones de admiración hacia España. Por ejemplo, Manuel Salvat argumenta con fuerza, defendiendo la relevancia que el derecho español tuvo en la formación de nuestro Código Civil, atribuyendo la negación de este hecho a la leyenda negra contra España<sup>106</sup>. Del mismo modo, Antonio Dougnac al referirse a su profesor Jaime Eyzaguirre recuerda “Para todos los que habíamos recibido en nuestras clases secundarias la permanente monserga del abuso de los españoles, de las clásicas causas de la independencia y de tanta banal repetición del pensamiento histórico decimonónico, las palabras del maestro resultaban un cambio radical en la apreciación de los acontecimientos”<sup>107</sup>. Y de nuevo Dougnac menciona a Alamiro de Ávila y Manuel Salvat como “campeones” en la divulgación del devenir de la Madre Patria y su vinculación con las Indias<sup>108</sup>. En todo caso, la percepción de que el hispanismo es uno de los insumos intelectuales más determinantes en la obra de la EChHD es compartida por Sergio Grez, un historiador general que toma

---

<sup>106</sup> SALVAT MONGUILLOT, Manuel: “Necesidad de la perspectiva histórica en los estudios de Derecho”, ob. cit., p. 265.

<sup>107</sup> DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio: “Jaime Eyzaguirre y la Historia del Derecho”, ob. cit., p. 243.

<sup>108</sup> DOUGNAC RODRIGUEZ, Antonio: “Alamiro de Ávila Martel cofundador de la Escuela Chilena de Historiadores del Derecho”, ob. cit, pp. 237 y 238.

distancia crítica de sus postulados<sup>109</sup>, así como por Carlos Peña, quien observa la misma circunstancia<sup>110</sup>.

Considerar, como lo hacía Eyzaguirre, al hispanismo como la veta central de nuestra cultura, lleva a los miembros de la EChHD a dirigir buena parte de su actividad investigadora a la comprensión de los elementos formativos de nuestro derecho: el derecho indiano y el castellano medieval, porque ahí se encuentra gran parte de esa herencia tan valiosa que nos dejó España. Es efectivo que Aníbal Bascuñán Valdés trae desde España, por el influjo de su maestro Altamira el interés por el Derecho Indiano, pero claramente ese factor por sí solo no explica la dedicación preferente al Derecho Indiano.

Anteriormente dijimos que una de las vías que usó Eyzaguirre fue la de intentar superar la leyenda negra de la Conquista y también del período colonial. Y ese trabajo que emprendió Eyzaguirre ha sido continuado, con dedicación, por los académicos de la EChHD. En esa línea se inscribe el esfuerzo por demostrar que los gobernados en las Indias contaban con un robusto sistema de defensa de sus derechos. Así lo han detallado Antonio Dougnac<sup>111</sup>, Bernardino Bravo Lira<sup>112</sup> y Javier Barrientos<sup>113</sup>.

### **3.4. Positivismo historiográfico**

Francisco Tomás y Valiente hace una buena descripción del positivismo historiográfico y ocupamos esas ideas porque provienen del prisma de un historiador del derecho. Para Tomás y Valiente el positivismo historiográfico se caracteriza porque el

---

<sup>109</sup> GREZ TOSO, Sergio: "Presentación" en PALMA, Eric: *Historia del Derecho Chileno*, Ediciones Orión, 2ª edición, Santiago, 2006, p. 11.

<sup>110</sup> PEÑA GONZÁLEZ, Carlos: "Hacia una caracterización del Ethos legal: De nuevo sobre la cultura jurídica". en *Evolución de la cultura jurídica chilena*, CPU, Santiago, 1994, p. 48.

<sup>111</sup> Ver DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio: *Manual de Historia del Derecho Indiano*, ob. cit., pp. 382 y ss.

<sup>112</sup> BRAVO LIRA, Bernardino: *Derecho común y Derecho propio en el Nuevo Mundo*, ob. cit., pp. 191 y ss.

<sup>113</sup> BARRIENTOS GRANDÓN, Javier: "La fiscalización de los actos de gobierno en la época indiana y su desaparición durante la república". En *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, N° 15, Valparaíso, pp. 105 -130.

historiador adopta “intencionalmente una actitud aséptica ante la realidad estudiada”, el investigador no pasa de ser un mero receptáculo de lo que las fuentes dicen, no opina, no valora: describe las fuentes y transmite sus noticias. Hay, entonces, en el historiador un voluntario vaciamiento de toda carga ideológica, que se entiende como propio de una actitud objetiva en el trabajo científico<sup>114</sup>.

Tomás y Valiente ve un efecto virtuoso en el positivismo, cual es el rigor extremo con que se analizan las fuentes. Pero también observa que en la actitud del positivista, según él, la asepsia es quimérica, imposible, porque de un modo u otro, las ideas del investigador se traslucen<sup>115</sup>. Y se pueden encontrar visiones más críticas de lo que genera el positivismo; para el historiador Gabriel Salazar el refugiarse en el positivismo produjo, al menos en la historiografía chilena, “una suerte de mitologización y fetichización de los datos, los archivos, las fuentes y los métodos”<sup>116</sup>.

Vinculado a la cercanía con los grandes sabios historiadores está la opción metodológica por el positivismo. Afirmaciones explícitas en los miembros de la EChHD no son tan fáciles de encontrar. Hay dos vías para identificar esta tendencia. Y también hay que explicar, más allá de su admiración por los grandes docentes, la razón por la que han optado por el positivismo historiográfico.

Alamiro de Ávila en su Curso de Historia del Derecho, en la parte dedicada a la historiografía, discurre sobre dos temas que son relevantes para delimitar por exclusión su método historiográfico. El primero se refiere a la conocida disputa entre Andrés Bello y José Victorino Lastarria sobre el correcto método para hacer historia. Ávila Martel ubica a Lastarria como el representante de la “tendencia filosófica” en los trabajos históricos, que se caracterizaba por pretender hacer grandes construcciones sin estudiar previamente las fuentes. Ávila Martel se centra en el trabajo leído en 1844 por Lastarria titulado *Investigaciones sobre la influencia social de la conquista y del sistema colonial de los españoles en Chile*. Para Ávila Martel la obra es una “diatriba

---

<sup>114</sup> TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: *Manual de Historia del Derecho español*, ob. cit., p. 65.

<sup>115</sup> Ídem

<sup>116</sup> SALAZAR, Gabriel: *Construcción de Estado en Chile (1800 – 1837). Democracia de los “pueblos”. Militarismo ciudadano. Golpismo oligárquico*, ob. cit., p. 34.

declamatoria y no documentada contra el sistema español”<sup>117</sup>. Esta obra sirvió – según Ávila Martel – para remover el ambiente en el tema historiográfico. Aparece don Andrés Bello, quien se enfrenta a Lastarria, ganando el debate y “sentando la buena doctrina” de que era menester primero estudiar los documentos, criticarlos y exponer claramente los resultados de la investigación y sólo después de esto arriesgarse a emitir juicios<sup>118</sup>. El segundo tema, ya esbozado más arriba en este trabajo<sup>119</sup>, es el rechazo al método “sociológico” de Valentín Letelier. Alamiro de Ávila le reconoce su gran calidad como investigador a propósito de la publicación de las *Sesiones de los cuerpos legislativos*, pero sostiene que a pesar de su erudición es poco lo que se puede aprovechar de sus libros. Su afirmación proviene de que, como la finalidad de Letelier es establecer leyes universales del desenvolvimiento humano, sus preconceptos lo llevan a afirmaciones arriesgadas, que “de científicas no tienen nada”<sup>120</sup>. Estas ideas persisten y podemos encontrar afirmaciones como la de Antonio Dougnac, miembro de la generación siguiente de la EChHD que no estaba vinculada directamente con la época de los historiadores sociólogos, que critica a los “pseudo científicos que elucubran antojadizas opiniones pretendiendo enmarcar en ellas las evidencias, despreciando lo que no resulte útil para sus intentos”<sup>121</sup>. El hecho que Alamiro de Ávila (líder e inspirador de la EChHD) en su curso de Historia del Derecho expusiera estas críticas tanto al trabajo que en su momento hizo Lastarria y tome partido por la opción metodológica de Bello y luego desautorice los trabajos de Valentín Letelier son pruebas importantes que explican y fundan la opción claramente positivista. Al alejarse de lo que Lastarria o Letelier representan, Ávila Martel está afirmando la primacía del método que se concentra en los datos y archivos. Que no se presta a interpretaciones o generalizaciones. Que está ahí para dar cuenta y una vez que se ha documentado bien, “arriesgarse” a emitir juicios.

---

<sup>117</sup> ÁVILA MARTEL, Alamiro de: *Curso de Historia del Derecho*, ob. cit., p. 77

<sup>118</sup> Ídem.

<sup>119</sup> Ver nota 12.

<sup>120</sup> ÁVILA MARTEL, Alamiro de: *Curso de Historia del Derecho*, ob. cit., p. 81.

<sup>121</sup> DOUGNAC RODRIGUEZ, Antonio: “Alamiro de Ávila Martel cofundador de la Escuela Chilena de Historiadores del Derecho”, ob. cit, pp. 227 y 228.

Por su parte, un miembro de la segunda generación de la EChHD, Bernardino Bravo Lira, uno de los más prestigiados historiadores en Chile actualmente, en la introducción a su obra *Historia de las Instituciones políticas de Chile e Hispanoamérica* hace declaraciones explícitas sobre sus convicciones en el terreno del método historiográfico. Sus afirmaciones son muy claras en cuanto a la orientación positivista. Primero, Bravo Lira expone que “El método histórico puede sintetizarse en tres grandes momentos, que son como pasos sucesivos en el conocimiento del pasado. En primer lugar está la búsqueda de los testimonios que informan sobre los sucesos que se desea investigar. Enseguida está la crítica de esos testimonios para determinar su veracidad y, por último, está la *reconstrucción de lo que pasó*”<sup>122</sup>. Recurre al historiador alemán Leopold von Ranke para fortalecer sus afirmaciones y destaca que von Ranke “fija el objeto de la historia en la exposición de los hechos tal como sucedieron”<sup>123</sup>. De no ser así, para Bravo Lira, el investigador proyecta sus propios criterios a la época estudiada y enjuicia, arbitrariamente, los hechos pasados. Entonces, queda en evidencia que la sola descripción neutral del pasado – para este autor – es la forma correcta de hacer historia.

En todo caso, es justo decir que, para un autor como Gabriel Salazar durante buena parte del siglo XX la tendencia general de la historiografía universitaria chilena fue concentrarse en los tiempos lejanos, “despegarse de las peligrosas ciencias sociales” y convertir a Barros Arana o Toribio Medina en el paradigma historiográfico a imitar y reproducir<sup>124</sup>.

La EChHD está formada exclusivamente por abogados. Dougnac, eso sí, ha evidenciado en algunos textos que han colaborado en labores de docencia y de investigación historiadores profesionales<sup>125</sup>. En todo caso, el trabajo central ha sido y sigue siendo hecho por abogados. Este dato es bien importante porque, si bien son

---

<sup>122</sup> BRAVO LIRA, Bernardino: *Historia de las Instituciones políticas de Chile e Hispanoamérica*, Editorial Andrés Bello, 2ª edición, Santiago, 1993, p. 18. La cursiva es nuestra.

<sup>123</sup> *Ibíd.*, p. 19.

<sup>124</sup> SALAZAR, Gabriel: *Construcción de Estado en Chile (1800 – 1837). Democracia de los “pueblos”. Militarismo ciudadano. Golpismo oligárquico*, ob. cit., p. 34.

<sup>125</sup> DOUGNAC RODRIGUEZ, Antonio: “Alamiro de Ávila Martel cofundador de la Escuela Chilena de Historiadores del Derecho”, ob. cit., p. 229.

personas cultas y preparadas es inevitable que su formación historiográfica sea menor a la de un historiador profesional. Y probablemente el éxito y repercusión de su labor intelectual ha generado la sensación de que la disciplina es autosuficiente. Ambos factores, es decir, una formación jurídica y no historiográfica y la percepción de autosuficiencia de su labor, han llevado a que la Historia del derecho que hacen los miembros de la EChHD sea poco permeable a las influencias de teorías historiográficas novedosas y persista en un método positivista que tiene virtudes, como el manejo serio de las fuentes, pero que también ha sido objeto de críticas y ha sido reemplazado por otras orientaciones. Para este objeto, sólo ejemplificaremos con la orientación historiográfica más relevante del siglo XX, la Escuela de los *Annales*<sup>126</sup>, que realizó su trabajo en torno a la Revista del mismo nombre. Ésta última fue fundada en enero de 1929 y se corresponde con el surgimiento de la Escuela. Sus integrantes originales más destacados son Lucien Febvre y Marc Bloch. Esta escuela incorporó a la historiografía la necesidad de integrar a la ciencia histórica elementos tomados de las ciencias sociales (antropología, sociología, psicología y demografía especialmente). Asimismo, en cuestiones más de fondo, se oponían a la historiografía narrativa, sosteniendo que ésta debía centrarse en el estudio de problemas, más que relatar hechos individuales. Rechazaban que la historiografía fuese fundamentalmente política menospreciando las estructuras económicas y culturales. En Chile, esa orientación fue bien recibida por Mario Góngora, uno de los historiadores más importantes del siglo XX, de ideario conservador y con formación jurídica completa. Aquí la figura de Alfonso García Gallo puede tener importancia considerando lo que escribió en el libro *Metodología de la historia del Derecho Indiano*, prologado por Alamiro de Ávila Martel y editado en Chile. García Gallo explica que la Historia del Derecho no puede esperar mucho de los historiadores, porque la nueva historiografía cada vez se desentiende más de las instituciones y pasa a ocuparse de las estructuras económicas y sociales, llegando a negar la existencia o autonomía de lo jurídico<sup>127</sup>. Junto con ello, en Chile, en las últimas

---

<sup>126</sup> Seguimos aquí las explicaciones de GAZMURI, Cristián: “Influencias sobre la historiografía chilena: 1842 – 1970”. En AA.VV., *Balance Historiográfico Chileno. El orden del discurso y el giro crítico actual*, ed. Luis de Mussy, Ediciones Universidad Finis Terrae, Santiago, 2007, pp. 91 y ss.

<sup>127</sup> GARCÍA GALLO, Alfonso: *Metodología de la historia del Derecho Indiano*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1971, p. 22. Y a continuación García Gallo transcribe una opinión emitida por Marc Bloch aludiendo a la Historia del Derecho: “la enseñanza y el manual, que son admirables instrumentos de esclerosis, han vulgarizado el nombre (de aquella ciencia). Sin embargo, ¿qué recubre? Una regla de derecho es una norma social, explícitamente imperativa... En el sentido estricto de la palabra, el derecho es, pues, la envoltura de realidades en sí mismas demasiado variadas para suministrar con provecho el

décadas, se han desarrollado otros enfoques como la historia político cultural de Alfredo Jocelyn – Holt o la historia social, teórica y popular de Gabriel Salazar<sup>128</sup> que podrían aportar a enriquecer el debate, pero tampoco estos aportes han influido en el modo de hacer historia de la EChHD.

García Gallo además sostenía que la Historia del Derecho era más bien una ciencia jurídica. En la misma obra de autoría ya indicada afirma que “El Derecho es una ordenación de la vida social que posee fuerza vinculante. Es sólo una ordenación, no la vida social misma en toda su complejidad; esto independientemente de la importancia que aquélla pueda tener para ésta. El objeto de la ciencia de la Historia del Derecho debe limitarse solo a aquella ordenación sin pretender abarcar la vida social”<sup>129</sup>.

El valor que le asignan a la orientación de García Gallo tal vez explique otro fenómeno tan (o más relevante) que el recién descrito. Dijimos que por su formación jurídica estaban menos abiertos y enterados de los avances metodológicos que se producen en la historiografía general, pero en la Historia del Derecho español existen desde hace ya varios años orientaciones historiográficas distintas y tampoco ha habido diálogo con ellas desde la EChHD. Sin pretender exhaustividad, Francisco Tomás y Valiente planteó precisamente una opinión opuesta a la de García Gallo, pues aquel defendió la idea de que la Historia del Derecho era una especialidad de la Historia General, no ciencia jurídica.

#### **4. Labor docente e investigadora de la EChHD. Características y relevancia**

En primer lugar, respecto a la caracterización del trabajo de la EChHD cabe recapitular y aportar otros testimonios con el objeto de fijar claramente sus formas de trabajo. Alamiro de Ávila en un discurso de agradecimiento que dio en su plena madurez dijo lo siguiente: “Llegamos finalmente, en 1949, a una concepción sencilla y

---

objeto de un estudio único y no agota ninguna de ellas... En suma la historia del derecho podría no tener existencia aparte, como no fuera la historia de los juristas”

<sup>128</sup> SALAZAR, Gabriel: “Historiografía chilena siglo XXI: transformación, responsabilidad, proyección”. En AA.VV., *Balance Historiográfico Chileno. El orden del discurso y el giro crítico actual*, ed. Luis de Mussy, Ediciones Universidad Finis Terrae, Santiago, 2007, pp. 165 y ss.

<sup>129</sup> GARCÍA GALLO, Alfonso: *Metodología de la historia del Derecho Indiano*, ob. cit, p. 17.

precisa... los asuntos de fondo de nuestra preocupación debían comprender tres grandes secciones: el derecho español desde la prehistoria, pero limitado al derecho castellano desde que éste comienza a existir... el segundo era el derecho indiano con toda su variedad de fuentes y formas... y en tercer término el derecho patrio chileno”<sup>130</sup>. En esa declaración don Alamiro de Ávila establece los tres focos de trabajo suyo y de toda la EChHD. El orden es cronológico, pero si los ordenáramos por importancia, debería aparecer primero el derecho indiano, luego el español y castellano y en tercer lugar el patrio. Es evidente que el Derecho indiano es el objeto de estudio predilecto, por razones que ya han sido expuestas y porque es coincidente con el método historiográfico: existen innumerables registros de su aplicación en Chile que permiten hacer una investigación seria, erudita y bien documentada<sup>131</sup>. Esta observación es refrendada por otros autores. Quizás el estudio más serio es el del profesor Ricardo Molina, quien se concentró en las investigaciones de Bravo Lira y Ávila Martel. Del primero nos dice que su interés se define por su permanente preocupación en la línea de la historia de las instituciones políticas y administrativas, sin perjuicio de participar en otros estudios de derecho indiano, destacando que sus obras están encaminadas a la ampliación y clarificación de conceptos en procura de la mejor comprensión de los roles y funciones de las instituciones. Del segundo destaca su labor incansable que lo ha llevado a incursionar en el derecho penal, comercial, del trabajo, castrense, de la minería, jurisprudencia y otras vertientes<sup>132</sup>.

Como ejemplo de la concentración temática se puede destacar el libro *Historia del Derecho* de Jaime Eyzaguirre, que corresponde a una recopilación de apuntes de clases (y quizás por esa razón tiene un mayor valor para estos efectos). Este autor dedica 102 páginas a la Historia del Derecho español, 68 páginas a la Historia del derecho indiano y sólo 20 páginas a la Historia del derecho nacional, tres de éstas al Código Civil y cinco a las fuentes del derecho en la época de formación del derecho patrio.

---

<sup>130</sup> ÁVILA MARTEL, Alamiro de: “Discurso de agradecimiento del profesor emérito Alamiro de Ávila Martel”, ob. cit., p. 342.

<sup>131</sup> Ver MARTÍNEZ BAEZA, Sergio: “Del Derecho Indiano al Derecho Común: la Escuela Chilena de Historiadores del Derecho”, ob. cit., p. 323.

<sup>132</sup> MOLINA VERDEJO, Ricardo: “Aproximación al estado de la investigación contemporánea del Derecho Indiano en Chile, Bernardino Bravo Lira, Luis Lira Montt y Alamiro de Ávila Martel”, ob. Cit., pp. 84 y ss.

Del mismo modo, don Alamiro en su curso de Historia del Derecho, una de sus obras de mayor envergadura, se concentra en los “elementos formativos del derecho occidental, especialmente el americano”. Y los grandes temas son la prehistoria española, la España romana, la España visigoda y el Islam español.

Es bueno reconocer los méritos que identifican a la EChHD, en cuanto al modelo de actividad docente y de investigación, es decir, en cuanto a su forma de vivir la actividad universitaria, para lo cual es preciso hacer las siguientes reflexiones.

En Chile, si bien se ha logrado avanzar hacia la profesionalización del trabajo académico en las Escuelas de Derecho y en la constitución de comunidades académicas autónomas de las otras profesiones jurídicas, subsiste una alta valoración del abogado exitoso que sólo dedica parte de su tiempo a enseñar una rama en la que ostenta cierto grado de conocimiento más especializado. Si esto se verifica actualmente en nuestro país, esa práctica debió haber sido mucho más fuerte (y estar más legitimada) en las Escuelas de Derecho chilenas de hace cincuenta o sesenta años. Probablemente la idea del abogado dedicado de modo preferente o exclusivo al trabajo de docencia, investigación y extensión haya sido, en esa época, una idea bastante excéntrica. Pues bien, los miembros de la EChHD desde sus inicios y las generaciones posteriores hicieron y continúan con la opción del estudio dedicado y paciente. Son sus fundadores y en este sentido, verdaderos adelantados a su tiempo. Su jornada de trabajo ha estado completamente dedicada a la vida universitaria, cuestión que si en este tiempo es meritoria hace cinco décadas era francamente admirable.

Asociado a su opción por el trabajo universitario está un mérito que, si bien relacionado con él, no siempre tiene lugar. Nos referimos a la importante labor de formación de discípulos. Hay testimonios en los trabajos de autores de la EChHD sobre el ánimo con que la actividad de creación de vocaciones por la historia del derecho y el trabajo académico era asumida por los primeros miembros de la Escuela. Y no cabe duda que ese esfuerzo ha dado muchos frutos.

Tiene un indudable mérito la consolidación de un saber y de un método de trabajo que se extiende y se reproduce en nuevas generaciones de investigadores. Crear una escuela de historiografía supone una consistencia en el tiempo difícil de lograr, y

quizás esto se explique en buena parte por las características antes enunciadas. Y en este sentido cabe reconocer que, de alguna forma, ellos representan una imagen icónica de cómo son (o deben ser) los historiadores del derecho.

Tratándose ya de su trabajo de investigación propiamente tal, lo que cabe destacar de éste, más allá de si se adhiere o no a sus métodos y juicios históricos y a sus prioridades investigativas, es su decisión de estudiar las fuentes que contienen sentencias judiciales, testimonios notariales y en general archivos con relevancia jurídica. Creemos que su labor tiene una virtud especial, y esta es no contentarse con el análisis de la normativa (reales cédulas, recopilaciones, etc.) sino que penetrar en el modo como se aplicaba el derecho en las comunidades indianas<sup>133</sup>. Así, se detienen a observar cómo los jueces aplicaban el derecho, y qué derecho aplicaban. Estudian los contenidos de los tratados de derecho que redactaban los jurisperitos. Analizan la vida jurídica en los cabildos. No obstante las propias peculiaridades del sistema indiano explican en parte la necesidad de estudiarlo con esa variedad de testimonios, no deja de ser digno de encomio un esquema de trabajo que va más allá de la descripción exegética de las normas en ese momento vigentes sino que se adentra en el derecho vivo.

En esta parte lo que nos proponemos hacer es simplemente intentar exponer ciertos datos que permitan mensurar el grado de influencia que en nuestra cultura jurídica puede haber tenido el magisterio de la EChHD. Su relevancia pareciera ser bastante evidente, un hecho público y notorio.

En primer lugar, durante varias décadas su forma de enseñar la Historia del Derecho y los contenidos que impartían, es decir, las materias que priorizaban y a las que les daban menor importancia fueron prácticamente los únicos que se enseñaron en la más importante facultad de Derecho del país<sup>134</sup>.

---

<sup>133</sup> Como ejemplos, se puede consultar de BARRIENTOS GRANDÓN, Javier y DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio: “El Derecho de aguas a través de la jurisprudencia chilena de los siglos XVII y XVIII”. En Revista de Estudios Histórico- Jurídicos, N° 14, Valparaíso, pp. 101 – 136; DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio: “Los principios clásicos del procedimiento y la palabra hablada en el sistema jurídico indiano al estilo de Chile”. En Revista de Estudios Histórico- Jurídicos, N° 28, Valparaíso, pp. 425 – 490.

<sup>134</sup> Corresponde hacer la precisión que desde hace un buen número de años enseña ahí también la profesora María Angélica Figueroa, quien no forma parte de la EChHD, ni sigue sus métodos y postulados. Ver PALMA GONZÁLEZ, Eric: Pasado, presente y futuro de la historia del derecho en Chile, en Forum Historiae Iuris, ob. cit., párrafo 26.

En segundo término es importante volver sobre un dato que ya se entregó: un considerable número de integrantes de la Escuela fueron o son miembros de la Academia Chilena de Historia, perteneciente al Instituto de Chile. Si bien indicamos que se puede reconocer una tendencia clara en la orientación ideológica del organismo y, por lo mismo, en la selección de los miembros de número de aquella institución, es un reconocimiento al lugar que ocupan en el espacio historiográfico los estudiosos que provienen del campo jurídico. Es cierto también que el carácter vitalicio de los miembros le otorga cierta rigidez a la renovación de los nombres y lo más probable es que, como en toda comunidad, exista en la Academia una tendencia a buscar nuevos integrantes en los círculos a los que pertenecen los miembros más antiguos, pero a pesar de eso, no deja de ser un buen indicador la interesante cantidad de miembros que tienen, considerando que son un número interesante en una organización de Historia, no de Historia del Derecho. Es probable que sea la especialidad más representada por sobre la Historia social, política o de las relaciones internacionales.

Una tercera razón que se puede presentar es que la calidad de los estudios de la EChHD ha sido reconocida en otras latitudes. Como ejemplos podemos citar los trabajos de los profesores Dougnac y Barrientos, que han sido publicados por la Universidad Nacional Autónoma de México<sup>135</sup>.

Además, un dato cuantitativo de relevancia, si se consultan los proyectos Fondecyt en el área de Historia del Derecho se puede observar que en su gran mayoría (sino todos) pertenecen a proyectos en el que el investigador principal y los co – investigadores son (o están ligados en condición de discípulos o ayudantes con) miembros de la EChHD<sup>136</sup>.

---

<sup>135</sup> *La Cultura Jurídica en la Nueva España* de Javier Barrientos en 1993 y *Manual de Derecho Indiano* de Antonio Dougnac en 1994.

<sup>136</sup> Esta información se puede consultar en <http://www.conicyt.cl/bases/fondecyt/disciplina/>

## 5. ¿Es una Escuela la EChHD?

En este apartado lo que pretendemos es examinar, a la luz de lo que ya ha sido expuesto si la EChHD es una Escuela académica. Sabemos que existe una conciencia entre sus eventuales miembros de la existencia de una Escuela, de hecho han publicado ponencias y artículos donde explícitamente hablan de la EChHD. Sabemos también que hay reconocimiento internacional de su existencia. No obstante ello, creemos que es necesario recurrir a los aportes de la filosofía y sociología de la ciencia para determinar, con el andamiaje teórico que estas disciplinas proveen, si hay en este caso una Escuela científica.

En primer lugar cabe señalar que en la literatura que conocemos el concepto de “Escuela” no está desarrollado. Sí lo están las categorías de “paradigma” y de “comunidad científica”, nociones que, como se sabe, pertenecen, al menos en su origen, a Thomas Kuhn, que presentó la noción de paradigma como un modelo o patrón aceptado por los científicos de una determinada época<sup>137</sup>. Una rama del saber pasa a ser una disciplina precisamente cuando surge y triunfa un paradigma, desplazando a los paradigmas que compiten con él.

Javier Echeverría indica que autores de filosofía de la ciencia han criticado por su vaguedad el término paradigma, en la forma como lo utiliza Kuhn, y por ello han distinguido hasta 21 sentidos diferentes del termino paradigma, agrupables en tres grandes grupos: aspecto filosófico, sociológico y el propiamente científico. El aspecto sociológico es el que nos interesa para estos efectos, y consistiría en que la noción de paradigma conlleva un aspecto institucional (sociedades científicas, apoyo a determinadas líneas de investigación, publicaciones periódicas, manuales utilizados en la docencia universitaria, congresos, etc.) que permite discernirlo respecto a otros paradigmas rivales<sup>138</sup>.

---

<sup>137</sup> KUHN, Thomas: *La estructura de las revoluciones científicas*, Fondo de Cultura Económica, Santiago, 1993, p. 51.

<sup>138</sup> ECHEVERRÍA, Javier: *Introducción a la metodología de la ciencia*, Cátedra, Madrid, 1999, p. 116.

Kuhn, en una obra posterior (*Segundos pensamientos*) precisó la noción de paradigma, sosteniendo que es aquello que comparten los miembros de una comunidad científica y, a la inversa, es la posesión de un paradigma común lo que constituye a un grupo de personas en una comunidad científica, grupo que de otro modo estaría formado por miembros inconexos<sup>139</sup>. De esta forma la noción de paradigma y la noción de comunidad científica se definen mutuamente.

Los científicos adscritos a un mismo paradigma constituyen una comunidad científica: están ligados por elementos comunes durante su aprendizaje, colaboran en equipos, se comunican entre sí, han leído básicamente la misma literatura, escriben en las mismas revistas, pertenecen a las mismas sociedades, se citan los unos a los otros.

Conforme a la formulación original, la distinción posterior de otros autores y la precisión de Kuhn podemos identificar una serie de aspectos que sirven para identificar cuando hay una comunidad científica que comparte un paradigma.

En el caso de la EChHD, nuestro parecer es que esos aspectos concurren.

Existe un soporte institucional, que se evidencia en el Instituto de Historia del Derecho Indiano, el que, entre sus miembros chilenos reúne a una gran cantidad de integrantes de la EChHD, y una Sociedad de Historia del Derecho y Derecho Romano que, si bien reúne también a personas que no forman parte de la EChHD los inserta dentro de un marco de preferencias disciplinarias. Una Revista de Historia del Derecho, publicada por la Universidad de Chile que, como se dijo, tiene veinte números y ha servido como medio de difusión de sus investigaciones y de intercambio de sus avances.

Por otro lado, podríamos decir que hay un marco teórico, fundamentalmente dado por su adhesión, ya expuesta, al positivismo historiográfico y una concentración en el Derecho Indiano como el antecedente principal de nuestro Derecho actual.

Además, la EChHD puede exhibir otro elemento: una pervivencia muy extensa dirigiendo el modo en que se estudia la Historia del Derecho en Chile. En la década del

---

<sup>139</sup> *Ibíd.*, p. 117.

cuarenta desplazaron definitivamente a la tradición de la historia del derecho como parte de la sociología jurídica en la docencia. Y desde esa época se pueden identificar tres generaciones de investigadores. Junto con ello, indiscutiblemente existe entre sus miembros una relación de discipulado. Antonio Dougnac y Bernardino Bravo Lira se formaron al alero de Alamiro de Ávila Martel, así como Javier Barrientos recibió la influencia de los tres<sup>140</sup>. Y, probablemente, en cuanto a la noción de Escuela (que como dijimos no ha sido desarrollada) tal vez cabe aventurar que ésta exija una cierta especialidad o particularidad que sirvan para identificar a sus miembros con más precisión. En el caso de la EChHD nos parece que esa individualidad está dada por su fuerte valoración de la tradición y su hispanismo.

Con lo que acabamos de exponer no es difícil llegar a la conclusión que existe una comunidad científica adscrita a un paradigma. Escriben sobre los mismos temas, han tenido una formación compartida, comparten una metodología, tienen espacios propios donde reunirse, donde escribir; evalúan entre sí sus trabajos, etc.

---

<sup>140</sup> BARRIENTOS GRANDÓN, Javier: *Introducción a la Historia del Derecho chileno*, Barroco Libreros, Santiago, 1994, p. IV.

## **CAPÍTULO III. LA EChHD Y LAS FUENTES DEL DERECHO EN EL CÓDIGO CIVIL**

### **1. Explicación preliminar**

Si se pudiese sintetizar lo dicho hasta ahora habría que señalar que en el primer capítulo de este trabajo se intentaron fijar dos afirmaciones: primero, la gran relevancia que, en un sistema jurídico determinado, tiene la ordenación de las fuentes formales del derecho; y, en segundo lugar, la importancia del cambio que se produjo cuando pasamos del sistema plural de fuentes del derecho, propio del orden indiano al (casi) exclusivo monopolio de la fuente ley que se inaugura con la declaración contenida en los primeros artículos del Código Civil. En el segundo capítulo se hizo una descripción de la EChHD, de su trabajo, de sus concentraciones temáticas y de los presupuestos metodológicos e ideológicos que los inspiran, junto a otros antecedentes de relevancia. De las páginas de ese capítulo es posible (o nuestra intención es que sea posible) extraer que constituyen una tradición de estudio claramente hegemónica en cuanto al cultivo de la historia del derecho en Chile.

En este capítulo los desarrollos anteriores se encuentran. Lo que nos interesa saber ahora es cómo la EChHD aborda la evolución histórica de la ordenación de las fuentes formales del derecho chileno, cuánta relevancia le atribuye a éste tópico, en particular a su modificación por el título preliminar del Código Civil. Especialmente considerando que el protagonismo de la EChHD en la historia del derecho determina la comprensión que tenemos de nuestro pasado jurídico.

En primer lugar, entonces, examinaremos qué sostienen sobre el sistema de fuentes formales del derecho resultante del Código Civil y sobre la alteración del sistema indiano. Pero además resulta relevante examinar la exposición y análisis (si éstos existen) que hacen de la propuesta original de Andrés Bello, plasmada en el proyecto de 1853. Junto con ello, pretendemos exponer una contradicción existente en el trabajo de la EChHD. Frente a nuestra imputación de incurrir la EChHD en una contradicción presentaremos un argumento que podría deducirse del trabajo de la propia Escuela y una réplica a la mencionada contestación de la EChHD. El insuficiente tratamiento y la contradicción en la que (desde nuestra perspectiva) incurren deben ser

explicados – a nuestro juicio – a partir de las propias características de la EChHD que en el capítulo II presentamos y esa será la siguiente idea a desarrollar en este capítulo.

Finalmente, es evidente que la EChHD ha determinado la comprensión que tenemos del pasado jurídico. Su forma de tratar el tema en que se centra esta memoria ha terminado por reforzar el legalismo. Y en ese sentido ha incurrido – desde nuestro punto de vista – en otra contradicción que explicaremos al final de este trabajo.

## **2. La perspectiva de la EChHD sobre las fuentes del Derecho**

### **2.1. La evolución de Andrés Bello en torno a las fuentes del derecho**

Como ya se expresó, Andrés Bello en 1853 presentó un proyecto de Código Civil en el cual el estatuto de las fuentes formales era sustancialmente diferente (opuesto se podría llegar a decir) al que finalmente fue promulgado. Como también ya se hizo notar en el capítulo I lo que lo distinguía era presentar a la costumbre como una fuente importante, que podía ser invocada con carácter general e integrador en todas las materias civiles<sup>141</sup>. Asimismo, podía derogar a la ley y el no uso de ésta producía su pérdida de vigencia. En cuanto a las demás fuentes, el artículo 4 del citado proyecto incluía como fuentes integradoras (en defecto de ley y de costumbre) a la equidad, los principios generales del derecho y la analogía.

A todas luces parece muy importante dar cuenta detallada de este episodio porque, de entre sus muchos alcances, evidencia que el pensamiento de Andrés Bello no era, en ningún caso, de un legalismo tan acusado como el que se le suele achacar, y aclara que, en su madurez intelectual Andrés Bello estaba muy lejos de pensar que el juez era un esclavo de la ley como había escrito dos décadas atrás<sup>142</sup>. Hacer estas advertencias importa, a nuestro juicio, reivindicar una vez más, pero en esta oportunidad desde otra arista, la enorme figura de Andrés Bello, el jurista más importante de nuestra historia. En este sentido, cabría esperar estudios que buscaran

---

<sup>141</sup> TOPASIO FERRETTI, Aldo: *Fuentes del Derecho Chileno en la Codificación*, ob. cit., p. 41.

<sup>142</sup> Me refiero, obviamente, a lo expresado por Bello en su artículo *Observancia de la ley*, publicado en 1836 en “El Araucano”. Se puede leer en *Andrés Bello. Escritos jurídicos, políticos y universitarios*, Edeval, Valparaíso, 1979, p. 75.

explicar porque la Comisión Revisora modificó de una forma tan drástica el estatuto de las fuentes del derecho propuesto por Andrés Bello, más allá de la tradicional respuesta que se ha citado varias veces<sup>143</sup>. Por cierto, ese ejercicio no se hará aquí porque excede los límites de este trabajo.

Antes de mirar cómo este tema ha sido tratado por la EChHD es importante hacer la prevención que este asunto (la idea original de Bello) ha sido expuesto por Alejandro Guzmán Brito<sup>144</sup> y por el profesor Aldo Topasio<sup>145</sup>.

Ahora bien, revisando la copiosa obra de los miembros de la EChHD, se encuentran poquísimas referencias a la propuesta de Bello de 1853. Junto con este vacío, e íntimamente vinculado a él, tampoco vemos que los profesores de la EChHD hayan realizado trabajos que, a partir del proyecto de 1853, intenten reconstruir la evolución del pensamiento de Andrés Bello en materia de fuentes del derecho, evolución que evidentemente se produjo. Es más, sobre estos temas lo poco que se ha dicho a veces se contradice. De quien hemos encontrado las afirmaciones más interesantes sobre estos temas es de don Alamiro de Ávila. En particular respecto de la relación de Andrés Bello con la fuente costumbre, materia que fue objeto de su estudio y en la que llega a conclusiones dignas de análisis. Presentaremos estas obras en orden cronológico, como una forma que estimamos más adecuada de presentarlas para posteriormente proceder a criticarlas.

El primer trabajo data de 1965, pero fue publicado ocho años más tarde, se trata del artículo “Bello y el derecho romano”<sup>146</sup>. En este artículo, Alamiro de Ávila Martel

---

<sup>143</sup> Recordemos que la Comisión Revisora señaló que el artículo cuarto del *Proyecto de 1853* no era una disposición propia de un Código Civil, sino de uno de enjuiciamiento. Si se analiza esta afirmación se puede claramente concluir que es errónea, pues, dependiendo del cuerpo legal donde se ubiquen normas de ese tipo van contestar preguntas diferentes. En el caso de un código de enjuiciamiento la pregunta es qué fuente del derecho *usó* Ud. (juez) para decidir. Cuando se ubican, por otra parte, en un código de fondo responden otra pregunta, y esta es qué fuentes del derecho Ud. (juez) *puede* usar para decidir. Corresponden a momentos diferentes. En el primer caso cumple sólo con la finalidad de explicitar las normas que el juez utilizó para decidir. En el segundo caso le fija el juez los márgenes a los que puede recurrir para decidir. Por lo tanto, es mucho más relevante lo que se formula a propósito de las fuentes formales en el código de fondo.

<sup>144</sup> GUZMÁN BRITO, Alejandro: *Andrés Bello Codificador*, Ediciones de la Universidad de Chile, Santiago, 1982.

<sup>145</sup> TOPASIO FERRETTI, Aldo: *Fuentes del derecho chileno en la codificación*, ob. cit.

llama la atención sobre “un cambio fundamental, que no ha sido advertido ni estudiado”, que tiene lugar entre 1840 y 1848. En ese tiempo “Bello descubre dos cosas esenciales de la romanística moderna y no solamente las conoce sino que las valora y llega a cambio de un modo total su pensamiento”. En primer lugar toma contacto con las *Instituciones* de Gayo, con las que trabaja minuciosamente. Pero además Bello hace otro descubrimiento, el *Sistema del Derecho romano actual* de Savigny, “y su impacto es tan grande que significa una nueva concepción del derecho, no sólo romano, sino que en general y una adhesión absoluta a la Escuela Histórica.”<sup>147</sup>.

En este trabajo queda en evidencia el peso de las tradiciones romana e historicista en Bello y quedan claras algunas ideas importantes. Primero, antes de presentarse el proyecto de 1853 Bello tiene contacto (y uno muy serio) con obras que lo acercan a una perspectiva distinta del fenómeno jurídico, se aleja del ius naturalismo inicial y del racionalismo imperante en su época. En segundo término, la fuente costumbre gana un lugar importante en su pensamiento. El mismo Ávila Martel cita un escrito de Bello (un trabajo que quedó incompleto) en el que decía que “la base original de todo el derecho es la costumbre”<sup>148</sup>. El referido trabajo se titulaba “Principios de derecho romano según el orden de las Instituciones de Justiniano”. Todo lo dicho por Ávila Martel parece explicar por qué quedó estructurado el orden de fuentes en 1853 como ya sabemos.

Ávila Martel en un breve trabajo suyo titulado *Andrés Bello. Breve ensayo sobre su vida y su obra*<sup>149</sup> vuelve sobre este tema. Esta publicación ha sido elogiada por su rigor, maestría y precisión<sup>150</sup>; juicio refrendado por un especialista en la obra de don

---

<sup>146</sup> ÁVILA MARTEL, Alamiro de: “Bello y el Derecho Romano”. En AA.VV., *Estudios sobre la vida y obra de Andrés Bello*, Ediciones de la Universidad de Chile, Santiago, 1973.

<sup>147</sup> *Ibíd.*, p. 93.

<sup>148</sup> *Ibíd.*, p. 94.

<sup>149</sup> Obra ya citada, ver nota N° 99.

<sup>150</sup> DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio: “Alamiro de Ávila Martel cofundador de la Escuela Chilena de Historiadores del Derecho”, *ob. cit.*, p. 233.

Alamiro, Felipe Vicencio, quien sostiene que este libro es su mejor logro, desde todo punto de vista<sup>151</sup>.

El profesor Ávila Martel dice, en el contexto de la vinculación de Bello con la Escuela Histórica, que éste “no lleva a extremos la adhesión a la Escuela Histórica, y así encontramos que prácticamente niega valor a la costumbre como fuente de derecho privado. La finalidad esencial del orden jurídico es para él, como para Bentham, la seguridad, y para que ella exista es indispensable que sea la ley escrita y promulgada la que tenga un valor exclusivo”<sup>152</sup>.

Probablemente, la segunda afirmación de la cita sea parcialmente correcta (sería errónea en cuanto al valor exclusivo de la ley), pero la primera evidentemente omite como regulaba la costumbre en el proyecto de 1853. Porque si es imputable a alguien la postergación de la costumbre es a la Comisión Revisora, pero de ningún modo a la visión ideal de Andrés Bello. En este trabajo, entonces, queda en entredicho lo expuesto por el mismo Ávila en el trabajo anterior en cuanto a la nueva perspectiva de Bello, en especial una nueva consideración al derecho consuetudinario.

Finalmente, hay un tercer trabajo<sup>153</sup> presentado en 1981, para el bicentenario del nacimiento de Andrés Bello, aquí Ávila Martel al parecer resuelve la tensión que se produce entre las afirmaciones de los trabajos anteriores.

En primer lugar, el profesor es del parecer que las diversas etapas de Andrés Bello en cuanto a sus ideas filosófico – jurídicas (ius naturalismo escolástico, racionalismo, historicismo) “no significaron el abandono de un sistema por otro y luego éste por uno nuevo, sino que, en cambio, constituyeron agregaciones; que las ideas nuevas se fueron combinando con las antiguas, modificándolas o reafirmando”<sup>154</sup>

---

<sup>151</sup> VICENCIO EYZAGUIRRE, Felipe: “Alamiro de Ávila Martel (1918 – 1990) Historiador, bibliógrafo y numismático”. En *Revista Chilena de Historia y Geografía*, Santiago, N° 162, 1996, p. 180.

<sup>152</sup> ÁVILA MARTEL, Alamiro de: *Andrés Bello. Breve ensayo sobre su vida y su obra*, ob. cit, p. 54.

<sup>153</sup> ÁVILA MARTEL, Alamiro de: “La filosofía jurídica de Andrés Bello”. En *Andrés Bello y el Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1982, pp. 41 – 62.

<sup>154</sup> *Ibíd.*, p. 42.

La tesis de Ávila Martel es que la adhesión de Bello a la Escuela Histórica intensificó y justificó su concepto de que era necesario conservar el Derecho privado existente, que era el sentido y vivido por el pueblo al que se destinaba el Código Civil<sup>155</sup>. Y en ese ámbito es donde se proyectó el historicismo de Bello.

Inexplicablemente, en cuanto al artículo 2 del *Proyecto de Código Civil*, de 1853, Ávila Martel sostiene que ese texto era un resumen del Derecho vigente a la sazón, pero que no cree que correspondiese a la idea de Bello, “pues carecía de toda reglamentación de fondo sobre preferencias en el caso de choques entre la ley y la costumbre, asunto que él había resuelto en un proyecto anterior”, en la nota al pie de página indica que el proyecto anterior al que se refiere es el de 1841<sup>156</sup>. Parece difícil de comprender que llegue a una conclusión así, ya que contradice el texto expreso del Proyecto de 1853 y lo que él mismo había expuesto en “Bello y el Derecho Romano”.

Estas conclusiones llaman la atención además porque, como se sabe, la escuela romántica o histórica del derecho creyó hallar la fuente fundamental de la fuerza obligatoria del derecho no en una voluntad soberana ni en principios racionales abstractos, sino en la conciencia jurídica popular revelada en la historia y en la vida de una nación. De este modo, “La costumbre – como espejo del espíritu popular – es, en consecuencia, la fuente suprema del derecho”<sup>157</sup>. Lo recién reseñado, las ideas expresadas por Bello (y divulgadas por Ávila Martel) en su obra inconclusa ya mencionada y la regulación del derecho consuetudinario en el Proyecto de 1853 parecen todas concordar, pero de manera poco comprensible, Ávila Martel no cree que el estatuto de la costumbre de 1853 sea idea de Bello.

## **2.2. Las fuentes del Derecho en el Código Civil**

Ha sido una idea reiterada varias veces en el curso de este trabajo tanto la importancia de las fuentes del derecho y su ordenación, como que en el caso de Chile

---

<sup>155</sup> *Ibíd.*, p. 52.

<sup>156</sup> *Ibíd.*, p. 54.

<sup>157</sup> ROSS, Alf: *Sobre el derecho y la justicia*, ob. cit., p. 104.

ésta haya sido fijada en un cuerpo legal de derecho común, dotado además de un alto valor simbólico.

A partir de lo recién dicho, tiene sentido esperar de los historiadores del derecho mirar el estatuto de las fuentes formales, especialmente cuando ha sido formulado en un contexto como el que acabamos de (volver a) reseñar. Y con mayor razón si compartimos la afirmación de que a partir de 1857 cambió radicalmente la concepción del Derecho en Chile.

La EChHD no ha efectuado un examen especialmente detenido de este asunto. Se pueden encontrar desperdigadas algunas referencias, pero por cierto, ningún estudio o monografía dedicados específicamente a este tema.

Una manera lúcida de objetar lo recién expresado es destacar que los miembros de la EChHD se dedican fundamentalmente al estudio del derecho indiano y es ahí donde han hecho su principal contribución y por ello no se han concentrado en la codificación, de este modo, la profundidad de su análisis del periodo anterior y del coetáneo a la dictación del Código Civil y su contexto es menor. Si bien es efectivo que su principal centro de atención es el Derecho indiano (y de hecho lo hemos destacado), eso no significa que no hayan estudiado la codificación civil. De hecho sobre la codificación han perfeccionado una notable cronología del trabajo desarrollado<sup>158</sup>. Sobre Andrés Bello se han estudiado aspectos biográficos en los que también se han realizado aportes sobre sus influencias ideológicas<sup>159</sup>. Por lo tanto, es posible afirmar que la EChHD ha estado en contacto con los materiales necesarios para comprender la relevancia del cambio.

El tratamiento del tema de la ordenación de las fuentes del Derecho en el Código Civil (y la evolución que significa respecto del orden indiano) es breve y lacónico, y

---

<sup>158</sup> El mejor ejemplo es el trabajo de DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio: "La codificación civil en Chile y la formación de su 'Código Civil'", ob. cit.

<sup>159</sup> Junto a las obras de Alamiro de Ávila ya mencionadas en este capítulo se puede mencionar como un buen ejemplo el trabajo de SALVAT MONGUILLOT, Manuel: "Vida de Bello". En AA.VV., *Estudios sobre la vida y obra de Andrés Bello*, Ediciones de la Universidad de Chile, Santiago, 1973, pp. 11 – 77.

este hecho sorprende por varias razones, algunas ya esbozadas, pero vale la pena apuntar una más.

De algún modo, al dar un argumento adicional estamos haciendo una breve digresión, pero parece pertinente agregar una razón más a las ya expresadas. Y es pertinente porque es un argumento extraído de la propia Historia del Derecho. En efecto, sus cultores nos han hecho ver una cuestión relevante.

La idea es sencilla: el derecho patrio de la Precodificación “ya se había encargado, a través de sucesivas leyes, de abolir la mayoría de las instituciones vinculantes y condicionantes de las libertades jurídicas de contratación, circulación de bienes y sucesorias, de modo que al llegar el código encontró éste el camino prácticamente desbrozado”<sup>160</sup>. Así, parte de la liberalización del ordenamiento jurídico chileno ya se había producido a través de leyes promulgadas antes de 1857. Buenos ejemplos de esta situación son la abolición de los mayorazgos en 1852, la supresión de los retractos y la eliminación de las hipotecas tácitas y legales (por obra de las leyes de prelación de 1845 y 1854)<sup>161</sup>. A lo dicho cabe agregar una idea que desarrollaremos más tarde, expuesta varias veces por miembros de la EChHD, y que consiste en que lo que Andrés Bello hizo fue “reformular el derecho castellano que regía en Chile y en América española”<sup>162</sup>. Si a eso agregamos que las normas sobre fundamentación de las sentencias de 1837 y 1851 (como ya se presentó en el primer capítulo) no modificaron gravemente el orden de fuentes indiano podemos afirmar, con alguna seguridad, que el principal cambio que traía consigo el Código Civil eran los primeros artículos de su título preliminar, y por ello correspondía estudiar esa novedad con detenimiento.

Volviendo al tema de este apartado, y previo a indicar cómo la EChHD ha tratado el tema sobre el que discurre esta memoria, cabe hacer una advertencia. Para entender bien lo que la EChHD hace hay que efectuar una distinción clave, entre parte de los trabajos de Bravo Lira que abordan la codificación y cuestiones relacionadas, con

---

<sup>160</sup> GUZMÁN BRITO, Alejandro: “El código civil de Chile y sus primeros intérpretes”, ob. cit. p. 85.

<sup>161</sup> GUZMÁN BRITO, Alejandro: *Andrés Bello Codificador*, ob. cit., pp. 86 y 87.

<sup>162</sup> BRAVO LIRA, Bernardino: “Puntales de la codificación en el Viejo y en el Nuevo Mundo (1797 – 1855). Tres grandes modelos: Von Martini en Austria, Portalis en Francia y Bello en Chile”, ob. cit., p. 125.

una perspectiva algo crítica y los trabajos de los demás profesores de la EChHD. En este último caso uno podría identificar tópicos que tienden a repetirse en Ávila Martel, Dougnac, Campos Harriet, Martínez Baeza y – en ciertos momentos – Bravo Lira, esta sería la forma prototípica de tratar al Código Civil en la EChHD.

Esta forma prototípica, desde nuestra perspectiva se puede reducir a cuatro tendencias, excluyendo, claro está, la mera exposición de datos.

En primer lugar, se concentra en el hecho de tener un cuerpo legal nacional y adaptado a las circunstancias. Estas dos ideas en realidad, van unidas, justamente porque un cuerpo que recoge el derecho vigente (por ello se le califica de nacional) es adaptado a las circunstancias. Bravo Lira, por ejemplo, dice que fundamentalmente “la labor de Bello consistió en formar un código de Derecho nacional, sin aventurarse a copiar otro extranjero, ni menos probar soluciones propias, de resultado incierto. Para eso no habría necesitado décadas de trabajo. Lo que hizo fue reformular el derecho castellano que regía en Chile y en América española, en un texto tan elegante como preciso”<sup>163</sup>. Dicho de forma más breve, por Alamiro de Ávila “el Código Civil no salió de la mente del codificador, sino que existía con anterioridad. Y era válido en toda América”<sup>164</sup>. Ahora, en este mismo orden de ideas, la presencia que destacan los profesores de la EChHD es la hispana. Manuel Salvat sostiene que “Andrés Bello, en muchos artículos, tuvo la valentía de abogar porque se considerara siempre el elemento ibérico como fundamento de las instituciones locales”<sup>165</sup>. Ideas similares expresa Sergio Martínez cuando destaca el origen castellano indiano del derecho que Andrés Bello codificó<sup>166</sup>.

Un segundo juicio que se repite (y de ahí su relevancia) es la admiración por la redacción “clara, precisa y elegante”<sup>167</sup> del Código Civil. El lenguaje que ocupó Andrés

---

<sup>163</sup> Ídem

<sup>164</sup> ÁVILA MARTEL, Alamiro de: “Bello y el Derecho Romano”, ob. cit., p. 96.

<sup>165</sup> SALVAT MONGUILLOT, Manuel: “Necesidad de la perspectiva histórica en los estudios de Derecho”, ob. cit., p. 265

<sup>166</sup> MARTÍNEZ BAEZA, Sergio: “El derecho castellano – indiano en el *Código Civil* de Bello”. En *Revista Chilena de Historia del Derecho*, N° 20, 2008, p. 368.

<sup>167</sup> CAMPOS HARRIET, Fernando: *Historia Constitucional de Chile*, ob. cit., p. 398.

Bello al escribir el articulado del Código Civil facilitó, a juicio de don Alamiro la aplicación de la normativa<sup>168</sup>.

Otra característica de la EChHD es preocuparse por exponer, detalladamente, la cronología del proceso de configuración del Código Civil, indicando las distintas etapas de su redacción, y quienes intervinieron – aparte de Andrés Bello – en ella. Por ejemplo, Jaime Eyzaguirre en las pocas páginas que le dedica a la codificación civil relata los pasos iniciales, la preparación del Código y sus fuentes (entendido como los continentes de donde Andrés Bello obtuvo los materiales normativos que utilizó en la redacción), son fuentes, en este sentido, las *Partidas* o el Código Napoleón<sup>169</sup>. Un desarrollo parecido se puede encontrar en un trabajo de Antonio Dougnac, aunque aquí, además, se extiende sobre cuestiones ideológicas y del contexto histórico con mucho más detalle y erudición<sup>170</sup>.

La actitud hasta aquí puede resumirse con las palabras de Antonio Dougnac, quien considera que debe destacarse “la singular capacidad de Andrés Bello para aprovechar el inmenso bagaje jurídico – sobre todo, legal y doctrinario – aportado al mundo hispanoamericano por la tradición castellana, enriquecida con no pocas contribuciones indianas. El sabio venezolano supo sacar lo mejor de lo viejo para combinarlo con los logros modernos de las codificaciones hasta entonces existentes”<sup>171</sup>.

En cuarto lugar, el aspecto que interesa a este trabajo aparece tratado de manera bastante predecible. El exacerbado legalismo es indicado por los profesores de la EChHD, pero como una nota más que cabe incluir en la descripción. Entonces, en el Código Civil la cerrada preponderancia de la ley como fuente del derecho<sup>172</sup> es sólo un elemento, que, junto a otros debe ser señalado.

---

<sup>168</sup> ÁVILA MARTEL, Alamiro de: *Andrés Bello. Breve ensayo sobre su vida y su obra*, ob. cit., p. 64.

<sup>169</sup> EYZAGUIRRE, Jaime: *Historia del Derecho*, Editorial Universitaria, Santiago, 1991, 11ª edición, pp. 207 a 210.

<sup>170</sup> DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio: “La codificación civil en Chile y la formación de su ‘Código Civil’”, ob. cit.

<sup>171</sup> *Ibíd.*, p. 150.

<sup>172</sup> ÁVILA MARTEL, Alamiro de: *Andrés Bello. Breve ensayo sobre su vida y su obra*, ob. cit., p. 64.

Con todo, encontramos un comentario crítico, desde la perspectiva que cabría esperar, esto es, haciendo el contraste nostálgico – expresión que no está usada en tono peyorativo – con el pasado indiano. El comentario lo desarrolla Javier Barrientos, cuando llama la atención sobre el influjo del ideal codificador y del positivismo legal triunfante sobre la labor de la judicatura. Barrientos estima que se reduce el papel del juez del clásico *ius dicere* a un simple *lex recitare*. Constriñe, entonces, a la judicatura a un simple papel de hacer cumplir las leyes, que se supone representan la justicia<sup>173</sup>.

Por cierto, las menciones relativas al esquema de fuentes formales del derecho se limitan al ejemplo que incluimos. Y por tanto, cabe hablar de un área donde lo que hay es una omisión. Indirectamente, como vimos, lo indicado por Javier Barrientos toca el tema de esta memoria, pero no se concentra en la relevancia que tuvo, para que se produjese lo que él lamenta, la modificación del estatuto de las fuentes del derecho.

Dijimos, en todo caso, que había que distinguir, y así se puede identificar una segunda actitud en torno a la codificación, desde ya cabe insistir que se trata de un análisis muy general sobre el proceso codificador. Las ideas de Bernardino Bravo Lira sobre el particular, reiteradas en varios artículos<sup>174</sup>, se podrían resumir, fundamentalmente en una reflexión sobre la relación entre derecho y el juez, especialmente el impacto de la codificación en el rol del juez. Aquí podemos constatar una postura claramente crítica, en la línea de valorar la herencia del derecho común y censurar el orden jurídico al que dio lugar la codificación. Sin embargo, estimamos que es una crítica parcial. Y la calificamos así porque es parcial tanto en el sentido que es acotada o insuficiente, como en el sentido de que es una crítica claramente ideológica (o sea, *no es imparcial*).

---

<sup>173</sup> BARRIENTOS GRANDÓN, Javier: “La fiscalización de los actos de gobierno en la época indiana y su desaparición durante la República”, ob. cit., p. 121.

<sup>174</sup> “Judicatura y Monocracia. De la constitución jurisdiccional a la monocrática en los países hispánicos de ambos mundos”. En *El juez entre el derecho y la ley: estado de derecho y derecho del estado en el mundo hispánico, siglos XVI a XXI*, Lexis Nexis, Santiago, 2006, pp. 659 – 745; “*Iudex, Minister Aequitatis*. La integración del derecho antes y después de la codificación”. En *El juez entre el derecho y la ley: estado de derecho y derecho del estado en el mundo hispánico, siglos XVI a XXI*, Lexis Nexis, Santiago, 2006, pp. 323 – 359; “Codificación y derecho común en Europa e Hispanoamérica. Disociación de los derechos nacionales del derecho común” en *Codificación y descodificación en Hispanoamérica : la suerte de los derechos castellano y portugués en el Nuevo Mundo durante los siglos XIX y XX*, eds. Bernardino Bravo Lira y Sergio Concha Márquez de la Plata, Santiago, 1999, pp. 17 – 47.

Los juicios de Bravo Lira, expuestos de forma muy acotada, se pueden esquematizar del modo que sigue. En primer término, lo más importante es analizar el papel del juez frente al derecho vigente para así comprender adecuadamente un determinado sistema jurídico, llegando a decir que el cambio del rol del juez es el verdadero significado de la codificación. En seguida, el juez del derecho común tenía una serie de atribuciones que hicieron que se elevara a una altura incomparable, llegando ser el eje de todo el derecho vigente<sup>175</sup>. Estas potestades redundaban en una verdadera protección de los gobernados y posibilitaba la expresión del derecho entendido como cosa justa, los jueces eran guardianes de un derecho supraestatal, anterior y superior a gobernantes y gobernados. Con la codificación, siempre en la opinión de Bravo Lira, las potestades del juez fueron cercenadas, la codificación lo destronó, hizo posible su subordinación a la legalidad. Lo que, para nuestro autor, equivale a maniatarlo, reduciendo la función judicial a la mínima expresión, a una mera aplicación de los dictados de gobernantes y legisladores. El juez queda desarmado ante la ley sin un criterio para reconocer en ellas lo que es derecho y lo que es abuso<sup>176</sup>.

Es insuficiente o acotada esta crítica porque las referencias al caso chileno son muy pocas, las menciones al Código Civil casi inexistentes y ninguna al orden de las fuentes establecido en el título preliminar. Tampoco hay referencias al proyecto de 1853 y su estatuto alternativo de fuentes formales. El nivel de generalidad es altísimo y quizás eso explica la ausencia de referencias, pero si hay comentarios respecto a otras experiencias de codificación en el derecho comparado.

El enfoque de Bravo Lira, es además ideológico porque el argumento principal que cruza sus reflexiones no es devolver el papel de la costumbre como fuente creadora apoyada en la vida de una comunidad, ni el valor de la técnica jurídica indiana, tampoco es, en fin, el rol de descentralizar el ordenamiento a través de la creatividad judicial. Nos parece que la principal incomodidad es con el régimen de gobierno que está detrás de este cambio de rol de la judicatura. Bravo Lira ve en la reducción de potestades de la Judicatura (limitada a la competencia civil y criminal) el triunfo de la monocracia,

---

<sup>175</sup> BRAVO LIRA, Bernardino: “*Iudex, Minister Aequitatis*. La integración del derecho antes y después de la codificación”, ob. cit., p. 323.

<sup>176</sup> BERNARDINO BRAVO LIRA “Codificación y derecho común en Europa e Hispanoamérica. Disociación de los derechos nacionales del derecho común”, ob. cit, p. 43.

frente al binomio judicatura y gobierno propia de la monarquía hispano indiana. Para Bravo Lira, al desaparecer ese binomio, al producirse ese quiebre desapareció el régimen de gobierno sin que hasta ahora haya sido posible reemplazarlo. La contrapartida que identifica es una alternancia entre gobierno y desgobierno que suele calificarse de anarquía hispanoamericana. Parece sugerir que correspondería volver al esquema anterior que si permitía la estabilidad de la comunidad política.

### **3. La contradicción de la EChHD**

#### **3.1. La admiración por el derecho indiano**

En el capítulo II fijamos que el centro de los estudios de la EChHD es el Derecho Indiano, y que es allí donde ha realizado una mayor cantidad de aportes de relevancia, un análisis además enfocado no sólo en el plano estrictamente normativo sino también en la vida práctica. Sin embargo, para completar la descripción del estudio del Derecho Indiano por parte de la EChHD hay que incorporar otro elemento. Es, a nuestro juicio, relativamente claro que ese esfuerzo paciente y concentrado por comprender como funcionaba la estructura jurídica colonial no sólo tiene por objeto dar cuenta de ese pasado. También a través de los escritos de la EChHD es posible encontrar en ellos una admiración por el mencionado ordenamiento, admiración que subyace en la mayoría de sus trabajos. Esta cuestión ya fue tratada de soslayo cuando se insertó parte de las obras sobre la época indiana dentro de la defensa que intenta Jaime Eyzaguirre del pasado colonial. Esta observación sobre la relación valorativa de la EChHD con el sistema indiano tiene una enorme relevancia en esta parte del trabajo. El profesor Sergio Martínez Baeza es explícito y ubica, además, el entusiasmo con el derecho indiano dentro de un plan mayor, porque agradece a grandes estudiosos de la historia del derecho por “destacar los aspectos positivos de la colonización española de nuestra América”, entre los que se cuentan la fe cristiana y la lengua de Cervantes, junto con “la genial concepción del Derecho Indiano, como proyección ultramarina de aquel viejo Derecho Castellano”<sup>177</sup>.

---

<sup>177</sup> MARTÍNEZ BAEZA, Sergio: “El derecho castellano – indiano en el *Código Civil* de Bello”, ob. cit., p. 366.

Trataremos en las líneas siguientes de aclarar cómo se expresa esa admiración y en qué campos se proyecta. Para empezar, citaremos las palabras de Alamiro de Ávila sobre el sistema jurídico castellano – indiano. Según el profesor éste tiene “tiene una básica inspiración en las normas del derecho natural católico. Esto lleva a considerar en las fuentes del derecho la prioridad del derecho natural sobre la ley positiva lo cual tiene muchas consecuencias, entre ellas el arbitrio judicial, que no es arbitrariedad sino atribución para crear normas más adaptadas a las circunstancias que aquellas contenidas en los textos legales y, por lo tanto, la posibilidad de enervar la ley injusta. Pero además en el sistema mismo de la producción legislativa, constantemente se concretan normas de raigambre moral y se considera que la autoridad tiene el deber de intervenir en la vida de los individuos para obligarlos a actuar rectamente”<sup>178</sup>. Este párrafo relativamente extenso se transcribe porque resume muy bien el enfoque de la EChHD respecto del derecho indiano. A partir de lo que señala Ávila Martel se pueden enumerar los aspectos que la EChHD destaca como definitorios del Derecho indiano y que, además, aprueba. Está la inspiración en las normas del derecho natural, cuestión también expresada por Sergio Martínez cuando dice que el derecho indiano “se encuentra íntimamente vinculado a la moral cristiana y al derecho natural”<sup>179</sup>; la segunda cuestión es el arbitrio judicial que permite crear normas adaptadas a la cambiante realidad de territorios además muy diversos entre sí; relacionado con los aspectos anteriores está la posibilidad de suspender la aplicación de la ley si ésta se estima injusta por el juzgador.

Si bien la cita de Ávila Martel se concentra en el nervio de la relación entre la EChHD y el derecho indiano hay elementos que no menciona pero que sí están destacados por integrantes de la Escuela. En primer término, autores como Javier Barrientos o Antonio Dougnac mencionan el “derecho al buen gobierno”, del cual eran titulares “los vasallos de la monarquía hispano – indiana”<sup>180</sup>. Así, como señala

---

<sup>178</sup> ÁVILA MARTEL, Alamiro de: “Régimen jurídico de los trabajadores de las minas al final del periodo indiano en Chile”. En *Estudios de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social ofrecidos a Don Francisco Walker Linares*, Editorial Jurídica, Santiago, 1968, p.37.

<sup>179</sup> MARTÍNEZ BAEZA, Sergio: “El derecho castellano – indiano en el *Código Civil* de Bello”, ob. cit., p. 361.

<sup>180</sup> BARRIENTOS GRANDÓN, Javier: “La fiscalización de los actos de gobierno en la época indiana y su desaparición durante la República”, ob. cit, p. 105.

Barrientos, éstos no se encontraban desamparados frente a las actuaciones de sus gobernantes, ni menos entregados al arbitrio de sus agentes<sup>181</sup>. Esta prerrogativa, además, disponía de un instrumento jurídico para hacerse exigible: la apelación gubernativa, que constituyó “el más eficaz remedio para proteger los derechos de la persona en el Estado Indiano frente a la actuación de los gobernantes”<sup>182</sup>. Por medio de esta prerrogativa (y su cautela a través del mencionado instrumento) se evitaba que las autoridades se salieran de los cauces que la ley y la costumbre fijaban<sup>183</sup>.

En segundo lugar, la EChHD ha desarrollado la idea de que existió, en el período de dominación española un potente estatuto protector del indígena. Los aborígenes – según la EChHD – eran objeto de preocupación y cuidado por parte de la Corona, ya que, por ejemplo, se respetaba su derecho consuetudinario. Asimismo, se destacan los privilegios en materia procesal, en la existencia de la figura de un protector de indios y que se les considerara incapaces relativos porque eso los hacía objeto de la máxima protección por la autoridad<sup>184</sup>.

Respecto de lo que acabamos de decir, nos interesa destacar dos cosas. Primero, en torno a la relación de la EChHD con el Derecho indiano evidenciar el entusiasmo que aquella siente por éste. Nos parece que ha quedado medianamente claro. En segundo lugar, y combinando lo señalado en los párrafos anteriores con la descripción que en el capítulo primero hicimos, es posible concluir, a nuestro juicio, que el Derecho indiano tiene un programa que pretende cumplir, no es un derecho definido únicamente en base a formas, sino que tiene finalidades sustantivas que se proyectan en su funcionamiento. Cuestión bien resumida por un miembro de la EChHD al decir que el derecho indiano “procura hacer carne los principios católicos que han informado a su predecesor, el castellano, desde sus orígenes”<sup>185</sup>.

---

<sup>181</sup> Ídem.

<sup>182</sup> Ídem.

<sup>183</sup> DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio: *Manual de Historia del Derecho Indiano*, ob. cit., p. 383.

<sup>184</sup> Para profundizar estas ideas ver SALVAT MONGUILLOT, Manuel: “Los representantes de la República”. En *Revista Chilena de Historia del Derecho*, N° 6, 1970, pp. 124 a 128.

<sup>185</sup> DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio: *Esquema del Derecho de Familia indiano*, Ediciones del Instituto de Historia del Derecho Juan de Solórzano y Pereyra, Santiago, 2003, p. 427.

### 3.2. La contradicción de la EChHD

Considerando las ideas presentadas en los párrafos anteriores, y conjugándolas con lo expuesto a propósito de la relación de la EChHD con el Código Civil hay, evidentemente, algo que no se entiende. La pregunta que surge es cómo se puede valorar con tanta convicción el sistema jurídico indiano, y al mismo tiempo abrazar el Código Civil. Si bien la oposición entre ambos sistemas parece estar clara, conviene explicitarla. En primer lugar, las doctrinas de filosofía jurídica que las inspiran son distintas, el derecho indiano se basa en el ius naturalismo escolástico mientras que el Código Civil es la expresión paradigmática del racionalismo. En seguida – y en relación con lo anterior – el derecho indiano lo que pretendía era la materialización de una solución equitativa, frente a cada situación real, porque admitía la posibilidad de que la ley, formalmente perfecta, careciera de los requisitos intrínsecos necesarios para producir la solución equitativa<sup>186</sup>. Claramente el diseño codificador persigue objetivos muy distintos, porque precisamente la ley es expresión de una construcción racional que ha alcanzado su máxima depuración, y por ello corresponde aplicarla sin más. Mientras el orden colonial era casuístico, la Codificación perseguía justamente lo contrario, asegurar certeza uniformando el Derecho. En cuanto al rol del juez, mientras uno (el de la dominación española) tenía amplias potestades, el otro era (de algún modo sigue siendo) un operador jurídico que debía aplicar, mecánicamente, el derecho escrito. Las comparaciones podrían seguir, pero lo relevante es que, de acuerdo a nuestra observación, aquí se incurre en una contradicción, tal vez no necesariamente explícita pero que surge de la comodidad de la EChHD con ambos sistemas jurídicos, que son profundamente distintos, porque representan concepciones del Derecho muy distintas, de modo tal que, al elogiar un aspecto de uno de los sistemas, se está censurando un aspecto del otro.

Con todo, así como se puede extraer de los escritos de la EChHD esta contradicción es posible también deducir un argumento con el que los autores pertenecientes a la EChHD podrían responder. Por ello, ahora intentaremos imaginarnos

---

<sup>186</sup> FIGUEROA QUINTEROS, María Angélica: “La codificación civil chilena y la estructuración de un sistema jurídico legalista”, ob. cit., p. 79.

desde dónde se podría argumentar con el objeto de mostrar la contradicción sólo como una contradicción aparente.

Primero, de lo dicho a propósito del análisis que la EChHD hace del Código Civil, se puede extraer la idea de que el Código Civil no marca la supresión del derecho indiano; lo que tiene lugar es una reformulación del derecho vigente, o sea, del contenido del derecho indiano que se correspondía con el espíritu de nuestra nación. Por lo tanto, así pervive el derecho indiano, y a través de él, la normativa castellana. Se le reconoce a Andrés Bello el gran mérito de reformular el derecho vigente, sin pretender agregar cuestiones propias o trasplantar instituciones foráneas. Así lo apunta Alamiro de Ávila: “el derecho privado de los diversos países de América, en la época indiana, con muy pocas peculiaridades, era uno mismo y lo que Bello hizo fue, en la mayor parte del texto legal, poner en artículos, en la técnica de la codificación francesa, el derecho que a la sazón era el vigente”<sup>187</sup>.

Luego, para reforzar esta idea y conectándola con la última cita, se podría sostener que ese derecho indiano se presentó de otra forma, es decir, ocupando la estructura de la codificación, con normas formuladas claramente y fáciles de aplicar, sin las glosas contradictorias de los juristas, quitándole el marasmo reglamentario.

En suma, la forma cambia, muda la manera de presentar las disposiciones, pero el fondo no cambia. En un nuevo molde que aporta certeza y seguridad jurídica para el tráfico privado, el Código Civil presentó el mismo contenido probado ya por siglos en los dominios americanos de la Corona española. De esta manera la contradicción sería sólo aparente, porque si se atiende a las cuestiones sustantivas o de fondo queda en evidencia que el derecho es el mismo, eso sí, depurado de los defectos que ya, al final, adolecía el ordenamiento indiano.

Frente a la respuesta de la EChHD, cabe decir que puede ser cierto que Andrés Bello recogió el derecho vigente, pero creemos que al Derecho indiano no parece caracterizarlo un tipo de regulación determinada. Lo que en realidad lo distinguía era su flexibilidad, su capacidad de adaptación, que se correspondía con la idea que las normas

---

<sup>187</sup> AVILA MARTEL, Alamiro de: “Bello y el Derecho Romano”, ob. cit., p. 96.

eran una forma de aproximación a la equidad natural, y por ello, lo fundamental era encontrar la solución justa. No se condice con el espíritu del sistema indiano fijarlo de una vez y por mucho tiempo. A lo largo de este trabajo, lo que ha quedado claro es que la principal virtud del Derecho indiano era su apertura, y la orientación al diálogo y el llamado que hacía a sus operadores a ponerse en el lugar del otro. El contenido estaba determinado por una concepción del derecho que articulaba la normativa con que la Corona española reguló sus dominios en América, y ella era opuesta a la concepción de la Codificación.

Vinculado a lo ya dicho, cabe objetar la distinción entre forma y sustancia que caracterizaría el argumento de la EChHD. Para ilustrar esta postura es recomendable recurrir, primero, al jurista norteamericano Duncan Kennedy, quien un trabajo muy conocido<sup>188</sup> en su medio explicita ideas muy útiles para lo que intentamos explicar.

El citado trabajo es una investigación acerca del carácter y la interconexión de los distintos modos retóricos que cabe encontrar en las sentencias, artículos y tratados de Derecho Privado norteamericano<sup>189</sup>, especialmente en el Derecho de Contratos, aunque su modo de análisis puede trasladarse a otras ramas, y en general a las argumentaciones y doctrinas jurídicas dominantes<sup>190</sup>. Para explicar apretadamente cuál es el argumento central del profesor Kennedy en este artículo hay que hacer referencia a dos distinciones. En primer lugar, y en una distinción usual en la teoría del derecho, Kennedy dice que existen dos modos opuestos de abordar la cuestión de la *forma* en que deben emitirse las normas o directivas jurídicas. Uno favorece el empleo de reglas generales claramente definidas. El otro favorece el uso de estándares equitativos o informales que dan lugar a decisiones *ad hoc*, sensibles a las circunstancias específicas de cada caso. Del mismo modo, Kennedy efectúa otra distinción, según este autor existen también dos modos retóricos opuestos para abordar los problemas de la *sustancia* o contenido del Derecho, dos grandes posturas morales y políticas sustantivas:

---

<sup>188</sup> KENNEDY, Duncan: “Forma y sustancia en la adjudicación del derecho privado”. En AA.VV., *Sociología jurídica: teoría y sociología del derecho en Estados Unidos*, ed. Mauricio García Villegas, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2001, pp. 162 – 187.

<sup>189</sup> KENNEDY, Duncan: “Forma y sustancia en la adjudicación del derecho privado, ob. cit, p. 163.

<sup>190</sup> PÉREZ LLEDO: Juan Antonio: *El Movimiento Critical Legal Studies*, Tecnos, Madrid, 1996, p. 306.

individualismo<sup>191</sup> y altruismo<sup>192</sup>. Lo central de “Forma y sustancia...” es la idea de que las posturas divergentes en cuanto a la forma tienden a corresponder con las posturas divergentes en cuanto a la sustancia: la visión sustantiva altruista tiende a preferir los estándares flexibles, mientras que el individualismo suele asociarse más bien con el empleo de reglas rígidas.

Esta explicación tiene por objeto, en primer lugar demostrar que no se puede distinguir tajantemente entre cuestiones de forma y de fondo. Hay, entonces, en el trabajo de Duncan Kennedy una idea importante, y esta es que el problema de la forma es también un problema sustantivo. La elección de forma es rara vez puramente instrumental o táctica. Así, Kennedy dice que “la preferencia por unas reglas o criterios es un aspecto de posiciones sustantivas opuestas”<sup>193</sup>. Siguiendo esta idea, no es indiferente la forma que se ocupa para presentar el Derecho. En el caso del derecho indiano la manera (o, mejor dicho, las maneras) en que se expresa su normativa era determinante para que el sistema de origen castellano funcionara como esperaba. Por ello, el Código Civil imposibilita que esa normativa de Derecho Común cumpliera sus finalidades.

La relación forma/sustancia nos permite ir más allá. Como puede observarse sin dificultad, según Kennedy, hay una identificación entre contenido altruista de las disposiciones y una forma de presentar las normas en base a principios o estándares.

Creemos que, a partir de esa identificación (y de su opuesto, es decir, individualismo y uso de reglas), es posible aventurar que un sistema basado en reglas, como el del Código Civil, persigue – fundamentalmente – la estabilidad del intercambio económico, es decir, que éste se efectúe de la forma más predecible posible, lo que busca es certeza y seguridad. Por el contrario, un sistema que le interesa aplicar un

---

<sup>191</sup> El individualismo parte de una clara distinción entre los intereses de cada individuo y los de los demás, y sostiene que es legítimo anteponer nuestros intereses a los de los demás, siempre que respetemos las normas que posibilitan nuestra coexistencia con otros individuos igualmente autointeresados (PÉREZ LLEDO: Juan Antonio: *El Movimiento Critical Legal Studies*, ob. cit., p. 310)

<sup>192</sup> Para Kennedy el altruismo sostiene que nuestros intereses carecen de prioridad normativa sobre los de los demás. El altruismo nos ordena hacer sacrificios, compartir y ser compasivos (KENNEDY, Duncan: “Forma y sustancia en la adjudicación del derecho privado”, ob. cit., p. 168)

<sup>193</sup> *Ibíd.*, p. 164.

programa altruista, como el del derecho indiano, un “derecho cristiano, amparador de los débiles, protector de la familia”<sup>194</sup>, tendería a tener más posibilidades de cumplirse a través de un esquema fundado en la existencia de principios o estándares; esto requiere para funcionar de un orden flexible de fuentes que le entregue al juez márgenes amplios de decisión. La finalidad de aplicación a cada caso de una solución justa y no estrictamente legal (una idea evidentemente altruista, porque requiere ponerse en el lugar del otro) necesita promover la creatividad judicial y reconocer valor a los estándares que pueden surgir del derecho consuetudinario. En ese sentido, era más conveniente, para la sobrevivencia del programa del derecho indiano un esquema de fuentes como el que propuso en 1853 Andrés Bello.

En todo caso, vale la pena destacar que la relación forma y sustancia a propósito de ordenamientos con concepciones distintas, a nuestro juicio fue intuida por Jaime Eyzaguirre, cuando a propósito de la definición de ley del Código Civil, obra de Andrés Bello, dice que éste dejó de lado las razones intrínsecas (que informan, por ejemplo, la definición de ley que dan las *Partidas*) y sólo concibió a la ley ateniéndose a las circunstancias externas<sup>195</sup>.

#### **4. Explicación al tratamiento que la EChHD realiza de la evolución del sistema de fuentes**

Lo expuesto hasta el momento (en el primer capítulo y en éste) está enderezado a justificar por qué deberíamos esperar de la EChHD un tratamiento extenso de la evolución del sistema de fuentes en nuestra historia jurídica. Asimismo, hemos querido demostrar que sobre el tema se ha dicho poco y que ha dado lugar a contradicciones en el trabajo de la EChHD. Lo que ahora haremos es tratar de explicar el porqué de esa ausencia y de esa contradicción.

Respecto al tratamiento del estatuto de las fuentes formales que fue propuesto por Andrés Bello en 1853, probablemente la explicación pueda ir por dos cuerdas. En

---

<sup>194</sup> DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio: “La unidad de domicilio conyugal en Chile indiano”. En Revista Chilena de Derecho, Vol. 7, 1980, p. 583.

<sup>195</sup> EYZAGUIRRE, Jaime: *Fisonomía Histórica de Chile*, Editorial Universitaria, 6ª edición, Santiago, 1978, p. 124.

primer lugar, aunque fue formulado por Andrés Bello y plantea una hipótesis alternativa de desarrollo de nuestro ordenamiento, nunca se aplicaron y no pasaron de ser propuestas que obviamente no se acogieron. Y la aproximación estrictamente positivista (desde el punto de vista historiográfico) impide llamar la atención sobre una hipótesis – aunque esta podría haber modificado nuestra concepción del Derecho – porque implicaría hacer elucubraciones que no corresponden a un enfoque apegado a los datos. Una segunda razón que se podría esgrimir es que los respaldos son pocos para exponer y reconstruir este relato (la formulación de Bello y el rechazo de la Comisión Revisora) porque las actas de la Comisión Revisora son extremadamente lacónicas. Y el método de trabajo de la EChHD exige una documentación completa y detallada, que permita contar como pasaron exactamente las cosas.

La ausencia de tratamiento del tema de las fuentes o el modo que ese asunto es abordado por la EChHD tiene, a nuestro juicio, dos elementos que confluyen para explicar su actitud. La primera, de carácter metodológico y la segunda, que encuentra su fundamento en la pertenencia de la EChHD a la tradición historiográfica conservadora.

Para la explicación metodológica, hay que adentrarse primero en la corriente narrativa en la historiografía, aquella que Andrés Bello defendía en la polémica frente a Lastarria (y su método filosófico de hacer historia) y que Alamiro de Ávila Martel considera la sana doctrina. Ésta es caracterizada por dar lugar a escritos que tienen un estilo sobrio y templado, con una narración completa, abundante en páginas y pormenores. Trata de agotar la totalidad de lo ocurrido en una época determinada, prestando mayor atención al detalle, a la erudición y a los documentos originales<sup>196</sup>. Esta descripción viene muy bien a la EChHD. Junto con ello uno podría decir que la Escuela persigue mostrar el pasado al modo de una crónica detallada y objetiva, para que así los lectores deduzcan por sí mismos las enseñanzas que ésta contiene. La EChHD ha cultivado una historia jurídica de detalle, apoyada en una intensa (y extensa) investigación documental, orientada fundamentalmente a dar cuenta, a exponer los datos recolectados y nada más, sin adelantar juicios valorativos<sup>197</sup>.

---

<sup>196</sup> SUBERCASEUX, Bernardo: *Cultura y Sociedad Liberal en el siglo XIX*, Editorial Aconcagua, Santiago, 1981, p. 76.

<sup>197</sup> Con todo, vale destacar que la imposibilidad de un enfoque totalmente neutro queda en evidencia cuando revisamos como exponen las virtudes del Derecho indiano.

Entonces, los miembros de la EChHD entienden la historia como un registro expost de lo que pasó, no como una intelección del pasado, esto es, como un intento de esclarecer aquello que siendo pretérito sigue constituyéndonos. Para ellos la historia es una cuestión sobre hechos, no sobre la interpretación de esos hechos. Por lo tanto, no se intentará ubicar el objeto descrito (por ejemplo, el derecho indiano o la codificación) dentro de un contexto o proponer una perspectiva de cómo esos hechos siguen pesando y determinando nuestro presente.

En cuanto al segundo elemento que concurre a explicar el enfoque de la EChHD está constituido por el vínculo de ésta con la tradición conservadora en la historiografía chilena. La idea que pretendemos proponer es que las tesis sobre la Historia de Chile de la Escuela Conservadora guardan correspondencia con las lecturas que la EChHD hace en su ámbito. Se puede trazar una línea de continuidad entre ellas. Y a partir de la comprensión del pasado de la Escuela Conservadora se puede encontrar explicación para el enfoque de la EChHD en relación con el Código Civil.

Intentaremos resumir como la historiografía conservadora entiende dos momentos centrales de nuestra historia. En primer lugar, la independencia de Chile es entendida como un hecho meramente casual a la vez que condicionado por el acervo tradicional hispano. Para ello le basta con identificar “cierta presencia tradicional en el período, como las manifestaciones neoescolásticas en el discurso legitimista, autonomismo inicial previo a anhelos separatistas y continuidad del orden económico y social”<sup>198</sup>. El segundo hito fundacional de nuestra historia es el período “portaliano” (1830 – 1860), caracterizado como se sabe por el dominio político de los pelucones. Nuevamente la Escuela Conservadora ve, en esta etapa de nuestro país, una restauración (no una reacción) del espíritu español, autoritario y tradicional. Ahora bien, es bastante evidente que esta forma de enfocar esos hitos reconoce como nota distintiva una visión cíclica de la historia, esto es, el acento está puesto en la reversión del proceso de cambio y en la constante devolución a un origen o cauce natural, que es claramente uno hispano y, probablemente, católico y autoritario.

---

<sup>198</sup> JOCELYN – HOLT LETELIER, Alfredo: *La Independencia de Chile. Tradición, Modernización y Mito*, Editorial Planeta, Santiago, 1999, p. 341.

Asimismo, dos historiadores que militan en la EChHD pero también en la Escuela Conservadora, Alamiro de Ávila Martel y Bernardino Bravo Lira han planteado (proyectando el enfoque recién descrito) la continuidad de la Universidad dominica de Santo Tomás, la Real Universidad de San Felipe y la Universidad de Chile. Esta idea de Bravo Lira y Alamiro de Ávila se sostiene, obviamente en una valoración intrínseca de la tradición, pero también constituye una respuesta a la tesis liberal (sustentada por Barros Arana, por ejemplo) que ve en la Universidad de Chile un quiebre con el pasado colonial. Frente a esa tesis, los historiadores del Derecho oponen otra que busca rescatar y revalorizar el legado hispánico<sup>199</sup>, repitiendo el argumento matriz de la Escuela Conservadora.

En la misma línea se inscribe la relación de la EChHD con el Código Civil. Como hemos podido ver en este capítulo, lo más relevante es la pervivencia de lo español en el Código Civil, esto es, se reformula algo que ya existía, se vuelve a lo que nos constituye, a nuestra veta central, como forma de destacar que regresamos una y otra vez a la tradición. Ese énfasis – respetable por cierto – les impide observar con claridad que, en realidad, el título preliminar lo que posibilitó fue que nuestra cultura jurídica se alejara de la arquitectura jurídica indiana, y por lo tanto, de nuestra herencia española. Así las cosas, el Código Civil, más allá de recoger ordenadamente los contenidos normativos indianos, no fue un vehículo de pervivencia de la tradición colonial, sino todo lo contrario. Y al no entender esa cuestión y poner el acento en otra cosa, alteraron su comprensión de lo acontecido en nuestra historia del Derecho.

## **5. La segunda contradicción de la EChHD (a propósito de su rol en la cultura jurídica)**

El profesor Squella destaca que a partir del legalismo inaugurado por Bello (ya sabemos que esa afirmación debe ser hecha con cierto cuidado) se van a asentar unas ideas jurídicas que van a tener “un fuerte impacto en la cultura jurídica dominante, en especial en la de los operadores jurídicos, y, particularmente, en el modo de entender la

---

<sup>199</sup> SERRANO, Sol: “La Universidad de Chile o el peso de la Historia”. En *Anales de la Universidad de Chile*, Sexta Serie, N° 2, diciembre de 1995, p.67.

cuestión de las fuentes del derecho, la jerarquía de éstas y la de la índole y límites de la función jurisdiccional”<sup>200</sup>. Este impacto se produce, fundamentalmente, en la cultura jurídica interna, esto es, la cultura jurídica de lo que podríamos llamar actores o protagonistas principales en la producción, aplicación, defensa y difusión del Derecho, concretamente la cultura de quienes ejercen alguna profesión jurídica.

Es claro que el propio Código Civil y su título preliminar tienen una buena cuota de responsabilidad, del mismo modo otra cuota de responsabilidad la tienen los grandes tratadistas del Derecho civil como lo demuestra Bascuñán Valdés<sup>201</sup>. Pero no hay que desdeñar la relevancia de un cierto enfoque (por lo demás, hegemónico) sobre qué y cómo se enseña en Historia del Derecho. Ese enfoque impactó en generaciones de abogados y profesores de derecho, quizás en el caso de estos últimos es más importante porque a través de ellos circulan y se asientan las ideas jurídicas en nuestro medio.

Resulta bastante obvio que los operadores jurídicos se informan de lo que nuestro derecho fue a través de las clases y publicaciones de los historiadores del Derecho y normalmente los juicios que se van a formar de los ordenamientos anteriores, sus modificaciones y las ideas que las inspiraron están determinadas por esas narraciones. Así ocurrió con la propuesta ideal de Bello sobre como debería ser el régimen de las fuentes del derecho y así ocurrió también con el notable giro de nuestra cultura jurídica cuando fue reemplazado (o desplazado) el sistema jurídico indiano.

Con respecto a la propuesta ideal de Bello, es más o menos claro que su falta de difusión por el colectivo más importante de historiadores del Derecho produjo una identificación que si bien no es del todo inexacta, si exagera el vínculo de Andrés Bello con el positivismo legalista.

Así, es posible identificar una retórica en los profesores de Derecho, incluso entre quienes se han dedicado a estudiar la cultura jurídica que tiende a identificar a Andrés Bello con el legalismo y esta identificación ha potenciado la legitimidad del planteamiento y enfoque legalista. De alguna manera (obviamente inconsciente) el

---

<sup>200</sup> SQUELLA, Agustín: *Filosofía del Derecho*, ob. cit., p. 553.

<sup>201</sup> BASCUÑÁN VALDÉS, Antonio: “El concepto de derecho y el problema de las fuentes del derecho. Rol expresivo e instrumental del derecho en la sociedad”, ob. cit., pp. 57 y ss.

incontrovertible prestigio intelectual de Andrés Bello ha sido útil para fortalecer el discurso legalista. No sólo es el autor del Código Civil, sino (y precisamente por ello) el constructor de nuestro ordenamiento.

Por eso uno puede leer que el profesor Agustín Squella destaque que Bello “instaba a los jueces a fundar sus sentencias y a comportarse como la boca por la cual habla el legislador; más interesado que en el hecho de que los jueces justificaran ante el público sus decisiones lo estaba en que ellos se mantuvieran estrictamente dentro del marco de la ley y sin posibilidad de recurrir a la costumbre jurídica fuera de los casos en que la ley se remite a ésta, y sin autorización, asimismo, para echar mano de los principios generales del derecho o de la equidad en caso de lagunas de la ley o de efectos notoriamente injustos o inconvenientes de ésta, sino únicamente para interpretar pasajes oscuros o contradictorios de las propias leyes.”<sup>202</sup>. Con esta cita no pretendo desautorizar a su autor, todo lo contrario, lo que quiero constatar es que uno de los más versados juristas chilenos no ha tenido acceso a versiones más precisas de nuestro proceso codificador, porque seguramente consultó concienzudamente las obras de nuestros más acreditados historiadores del derecho y no encontró precisiones que le permitiesen introducir matices a la opinión que acabo de transcribir. Y afirmaciones como esta se pueden encontrar en otros destacados profesores. Por ejemplo, en un artículo que trata sobre el régimen de casación en el fondo, se puede leer: “Como se ha explicado tantas veces por nuestra doctrina, en la visión de Andrés Bello todo reside en la ley y nada más que en la ley.”<sup>203</sup>. Sin mucha dificultad se pueden ubicar afirmaciones parecidas<sup>204</sup>.

---

<sup>202</sup> SQUELLA, Agustín: *Filosofía del Derecho*, ob. cit., p. 552

<sup>203</sup> ROMERO SEGUEL, Alejandro; AGUIRREZÁBAL GRÜNSTEIN, Maite Y BARAONA GONZÁLEZ, Jorge: “Revisión crítica de la causal fundante del recurso de casación en el fondo en materia civil”. En *Ius et Praxis*, Año 14, N° 1, p. 229.

<sup>204</sup> El profesor Marcelo Montero, en un trabajo ocupado en esta memoria dice: “Adicionalmente, siempre en la idea de cautelar el predominio de la ley por sobre otras fuentes del derecho, Bello restringió el valor de la costumbre, y las normas que estableció para la interpretación judicial de la ley – tomadas del Código de la Louisiana – tienen la clara intención de someter la voluntad del juez, a la voluntad originaria del legislador.” (MONTERO, Marcelo: “El discurso de la crisis de la profesión legal en Chile: consideraciones analíticas”, ob. cit., p.6). Un ejemplo de mayor relevancia se puede consultar en FUEYO LANERI, Fernando: *Interpretación y Juez*, Universidad de Chile y Centro de Estudios “Ratio Iuris”, Santiago, 1976, en el cual señala que la ley era fuente única para Bello (p. 47)

Al abrazar sistemas jurídicos opuestos, al no evidenciar el contraste, lo que tiende a ocurrir es que queda la evolución de nuestro Derecho más como un continuo que como una modificación o alteración contingente. Y se tiende a naturalizar, a ver como algo normal y predecible un cambio que perfectamente pudo ir por otra vía, y que si se optó por un camino eso fue producto de la voluntad de ciertos sujetos. Si bien lo que pasa con las ideas del Bello legislador de 1853 es relevante, este segundo asunto es tan o más importante, porque pone de relieve lo relativo de nuestros ordenamientos jurídicos. Y además, la defensa de las virtudes del Derecho indiano se tiende a diluir.

Todo lo que hemos escrito en este apartado intenta mostrar que el enfoque de la EChHD ha contribuido, no de forma definitiva claro está, en la comprensión que tenemos de nuestro orden jurídico. Pero lo ha hecho permitiendo que el mito de Andrés Bello, como un legalista extremo, se refuerce. Junto con ello, no han conseguido fortalecer la imagen del orden colonial en relación con el que lo reemplazó.

Al hilo de lo expuesto nos parece que estamos en condiciones de evidenciar una segunda contradicción de la EChHD. Esta vez no se trata de una contradicción a propósito de sus diagnósticos en un tema determinado, sino que es una oposición entre sus principios docentes o académicos y el efecto que sus omisiones y contradicciones han contribuido a generar.

Antes de plantear en qué consiste la contradicción, y como requisito indispensable para (tratar de) explicarla es necesario examinar una última arista de la EChHD cuál es su perspectiva en torno a la utilidad y sentido de cultivar y (especialmente) enseñar la Historia del Derecho. Esta se encuentra plasmada fundamentalmente en un escrito del profesor Manuel Salvat. Seguiremos ese trabajo aún cuando se incorporarán ideas de otros miembros de la EChHD. Salvat escribió este artículo en 1967, cuando el ramo de Historia del Derecho en la Universidad de Chile había sido reducido a un semestre. El conocido profesor realiza una defensa de la Historia del Derecho justificando su relevancia y utilidad, “esperando, de paso, mover a la reflexión a los tercos espíritus dogmáticos. Son dogmáticos para mí aquellos que sienten un apego exagerado a la ley positiva, que ven en ella la única fuente de derecho y justicia posible y que, por lo tanto, estiman inoficioso el saber Derecho con

perspectiva histórica”<sup>205</sup>. Salvat plantea que “se adquiere un saber que ayuda a valorar el juego de las fuentes del derecho, de las que hoy sólo se aprecia la ley parlamentaria”<sup>206</sup>, de este modo, se conocerá el valor de las otras fuentes del derecho en otras épocas. Así, cree Salvat “El jurista advertido en las fuentes no incurrirá en la majadería de preguntar a un estudiante qué dice el código y tendrá una saludable desconfianza acerca de la ley positiva como única norma aplicable.”<sup>207</sup>. Aunque don Manuel reconoce que nuestro sistema es de plenitud legal, llama la atención sobre una cuestión: “Si la sentencia es justa pero contraria a la ley, anulable; si se aplica una ley en que el derecho y la justicia están ausentes, lo resuelto es válido”<sup>208</sup>. Según Salvat un sistema basado en ese “absurdo” es peligroso. Salvat tiene la esperanza de que los alumnos que se están formando puedan influir porque el sistema legalista se mejore y cambie, para lo cual es conveniente mostrarles otros regímenes jurídicos donde hay más amplitud, más libertad y más justicia<sup>209</sup>. Pareciera quedar claro el manifiesto de Salvat, en orden a que es necesario enseñar Historia del Derecho. A través de la comprensión de ordenamientos pretéritos podemos ver que, por ejemplo, las fuentes del derecho tenían estatutos diversos, que había sistemas más abiertos que el actualmente nos rige. En términos parecidos se expresa Sergio Martínez Baeza, quien sostiene que mediante una perspectiva histórica el derecho adquiere así una flexibilidad que lo hace más adaptable a las circunstancias externas, si se prescinde de ésta solo se obtendrá como producto abogados convencidos de la que ley es la única forma de crear derecho, perdiendo su libertad creadora e interpretativa<sup>210</sup>. Expresiones similares, aunque no así de explícitas se pueden encontrar en un artículo de Alamiro de Ávila<sup>211</sup>. Afirmaciones que están en consonancia con lo que otros autores, para quienes el cultivo de esta disciplina es una

---

<sup>205</sup> SALVAT MONGUILLOT, Manuel: “Necesidad de la perspectiva histórica en los estudios de Derecho”, ob., cit., pp. 261 y 262.

<sup>206</sup> *Ibíd.*, p. 266.

<sup>207</sup> *Ídem.*

<sup>208</sup> *Ibíd.*, p. 262.

<sup>209</sup> *Ídem.*

<sup>210</sup> MARTÍNEZ BAEZA, Sergio: “Escuela Chilena de Historia del Derecho: aportes y desarrollo”, ob. cit, p. 4.

<sup>211</sup> ÁVILA MARTEL, Alamiro de: “Discurso de agradecimiento del profesor emérito Alamiro de Ávila Martel”, ob. cit., pp. 343 y ss.

buena forma de relativizar<sup>212</sup> lo que nos parece evidente, convirtiéndose en un antídoto para el formalismo. Sabiendo que las ordenaciones históricamente han sido distintas nos permite tomar distancia y no creer que siempre nos hemos relacionado igual ni regulado nuestra convivencia de la misma manera.

Ahora, esta declaración de intereses de la EChHD se opone a su forma de abordar el tránsito de un esquema plural a otro monista de fuentes, una forma de abordar que – como vimos- no tiene por finalidad evidenciar el quiebre, ni defender el orden jurídico superado en ese quiebre. Más bien, el estudio de la EChHD presenta esa evolución como una cuestión más o menos natural, desdibujando precisamente la perspectiva histórica.

Está claro que la EChHD no iba a emitir juicios críticos sobre la modificación del sistema de fuentes, porque entiende el oficio del historiador de una forma fundamentalmente pasiva, pero la buena intención de no politizar el cultivo y transmisión de la historia del derecho termina generando un efecto no deseado. Su concentración en el derecho indiano (determinado por su hispanismo), su relación con los datos (positivismo historiográfico), su cuidado de no politizar su trabajo histórico han redundado que en un tema sensible, sin quererlo han terminado por reforzar el legalismo de nuestra cultura jurídica.

---

<sup>212</sup> TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: *Manual de Historia del Derecho español*, ob. cit., para este autor la Historia del Derecho actúa como saludable escuela de relativización (p. 34).

## CONCLUSIONES

1. El esquema regulador de las fuentes formales del Derecho es relevante desde varios puntos de vista. Es evidente que al estudiarlo y tratar de comprenderlo, estamos conociendo el derecho vigente, pero junto a ello la forma en que se estructuran las fuentes en un sistema jurídico repercute en otros aspectos de modo determinante. Así, fija el concepto de derecho en un determinado momento, incide en las potestades del juez y define contenidos y métodos de la enseñanza del derecho. También incide en el grado de distribución y concentración del poder para crear y derogar normas.
2. La normativa con que la Corona Española rigió sus dominios en América (en sentido amplio, el derecho indiano) tenía una serie de características que provenían del Derecho Común, como la multiplicidad de fuentes del derecho, el casuismo, las amplias potestades del juez; pero, del mismo modo tuvo características propias, como por ejemplo la relevancia de una estructura de producción y aplicación del derecho descentralizada. En cualquier caso, el ordenamiento colonial se hacía, en gran parte, desde abajo. Asimismo, cabe destacar que el Derecho indiano perseguía fundamentalmente la aplicación de la solución más justa para cada caso. Era, desde varios puntos de vista, una jurisdicción de equidad, para ocupar la conocida categoría de la dogmática procesal.
3. Justamente, un orden opuesto al indiano es el que surge con la dictación del Código Civil en 1857. Prácticamente en todos los aspectos relevantes para dibujar un sistema jurídico, el orden indiano y el legalista son distintos. Es importante destacar que la declaración más importante del Código Civil, es, con seguridad, el título preliminar, en especial sus primeros artículos. El título preliminar – que se estudia hace mucho tiempo con cierta veneración – produjo una centralización y homogenización del derecho chileno. El derecho ya no se pone en el lugar del otro sino que aplica, fríamente, la regla fijada con anterioridad.

4. Respecto de la EChHD cabe consignar tres cosas. En primer lugar que constituye un colectivo de investigadores que reúne una serie de características que permiten afirmar que son una Escuela académica. Lo importante de esta constatación es que permite entenderlos como un grupo que tienen una producción científica dotada de cierta consistencia y uniformidad. Por lo tanto, su aporte se puede evaluar como cuerpo más allá de los individuos que la componen. En seguida, a sus miembros les une una honesta admiración por el pasado hispano y su convicción de que éste constituye la veta central de nuestra identidad. Además, a algunos de sus integrantes se le puede ubicar dentro de la historiografía conservadora, y en cualquier caso varias de las tesis de la EChHD encuentran su origen, respaldo o explicación en las ideas de la Escuela Conservadora. Por último, desde el punto de vista metodológico han optado por un marcado positivismo, apegado al dato estricto y bien documentado.
5. Una tercera característica, que merece un punto propio, es la fuerza del trabajo de la EChHD. Constituyen un equipo de académicos que en el campo de la Historia del Derecho ejercen una hegemonía que no tiene contrapeso. Por eso, lo que ellos exponen es la historia del derecho que todos conocemos. Ellos definen, en buena parte que sabemos (y que sabremos) de nuestro pasado. Los contenidos y las formas de enseñar (por ejemplo el énfasis en el estudio del derecho español) dominan los programas de Historia del Derecho en el país.
6. La EChHD ha tratado con dedicación y rigor aspectos de nuestra evolución jurídica (particularmente los más lejanos), efectuando una descripción de alto nivel de la realidad indiana y de aspectos del derecho español previo a la conquista de América. Del mismo modo, han hecho aportaciones importantes en la comprensión del trabajo de Andrés Bello sobre la codificación y una comprensión erudita de los influjos teóricos de la codificación civil de nuestro país. Sin embargo, en un tema de singular relevancia como es el estatuto de las fuentes formales del derecho y su regulación en el Código Civil han guardado silencio, como también con la propuesta que sobre el particular Andrés Bello planteó en 1853.

7. La EChHD ha valorado el nivel alcanzado por el Derecho Indiano, destacando varios aspectos que cabe realzar de esa normativa. Asimismo, al referirse al Código Civil evidencian su entusiasmo con la obra pero también con sus efectos configurándose una clara contradicción al mostrar comodidad con dos sistemas tan distintos en sus aspectos técnicos como en su inspiración ius filosófica.
  
8. La EChHD al privilegiar una exposición detallada y neutral persigue evitar la politización del trabajo académico. Se busca, entonces, eliminar el riesgo de convertir el trabajo científico en una actividad panfletaria o tendenciosa. Sin embargo (y sin quererlo) la opción neutral genera efectos políticos. Porque legitima un orden (el del título preliminar), y hace que un sistema jurídico como el indiano pierda visibilidad para el grueso de los operadores jurídicos y, como corolario de las ideas anteriores, refuerza el legalismo. Esta consecuencia se produce porque resalta ciertos períodos de nuestra historia jurídica. Esa concentración hace perder visibilidad el significado para el presente de otros hechos histórico – jurídicos, más recientes y relevantes.

## BIBLIOGRAFÍA

- ÁVILA MARTEL, Alamiro de: *Andrés Bello. Breve ensayo sobre su vida y su obra*, Editorial Universitaria, 2ª edición, Santiago, 1987.
  - “Bello y el Derecho Romano”. En AA.VV., *Estudios sobre la vida y obra de Andrés Bello*, Ediciones de la Universidad de Chile, Santiago, 1973, pp. 79 – 97.
  - Curso de Historia del Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1955
  - “Discurso de agradecimiento del profesor emérito Alamiro de Ávila Martel”, en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, Santiago, N° 15, 1989, p. 341 – 350.
  - “Jaime Eyzaguirre y la Historia del Derecho” en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, Santiago, N° 5, 1969, pp. 7 – 8.
  - “La filosofía jurídica de Andrés Bello”. En *Andrés Bello y el Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1982, pp. 41 – 62.
  - “Recuerdo de mi maestro Aníbal Bascuñán Valdés, fundador de la Escuela Chilena de Historiadores del Derecho”. En AA.VV., *La Escuela Chilena de Historiadores del Derecho y los estudios jurídicos en Chile*, eds. Antonio Dougnac y Felipe Vicencio, t. 1, Universidad Central de Chile, Santiago, 1999, pp. 201 – 216.
  - “Régimen jurídico de los trabajadores de las minas al final del periodo indiano en Chile”. En *Estudios de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social ofrecidos a Don Francisco Walker Linares*, Editorial Jurídica, Santiago, 1968, pp. 35-43.
- ÁVILA MARTEL, Alamiro y BRAVO LIRA, Bernardino: “Aporte sobre la costumbre en el derecho indiano”. En *Revista Chilena de Historia del Derecho*, N° 10, 1984, pp. 41 – 50.
- BARRIENTOS GRANDÓN, Javier: *Introducción a la Historia del Derecho chileno*, Barroco Libreros, Santiago, 1994.
  - “La fiscalización de los actos de gobierno en la época indiana y su desaparición durante la República”. En *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, N° 15, Valparaíso, pp. 105 – 130.

- BASCUÑÁN VALDÉS, Aníbal: *Elementos de Historia del Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1954
- BASCUÑÁN VALDÉS, Antonio: “El concepto de derecho y el problema de las fuentes del derecho. Rol expresivo e instrumental del derecho en la sociedad”. En AA.VV., *La cultura jurídica chilena*, ed. Agustín Squella, Corporación de Promoción Universitaria, Santiago, 1992, pp. 55 – 66.
- BRAHM GARCÍA, Enrique: “Portales en la historiografía”. En AA.VV., *Portales, el hombre y su obra. La consolidación del gobierno civil*, comp. Bernardino Bravo Lira, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1989, pp. 443 – 484.
- BRAVO LIRA, Bernardino: “Arbitrio judicial y legalismo. Juez y derecho en Europa continental y en Iberoamérica antes y después de la codificación”. En *Revista de Ciencias Sociales*, N° 32/33, Edeval, 1988, pp. 65 – 82.
  - “Codificación y derecho común en Europa e Hispanoamérica. Disociación de los derechos nacionales del derecho común” en *Codificación y descodificación en Hispanoamérica : la suerte de los derechos castellano y portugués en el Nuevo Mundo durante los siglos XIX y XX*, eds. Bernardino Bravo Lira y Sergio Concha Márquez de la Plata, Santiago, 1999, pp. 17 – 47.
  - Derecho común y derecho propio en el nuevo mundo*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1989.
  - Historia de las Instituciones políticas de Chile e Hispanoamérica*, Editorial Andrés Bello, 2ª edición, Santiago, 1993.
  - “*Iudex, Minister Aequitatis*. La integración del derecho antes y después de la codificación”. En *El juez entre el derecho y la ley: estado de derecho y derecho del estado en el mundo hispánico, siglos XVI a XXI*, Lexis Nexis, Santiago, 2006, pp. 323 – 359.
  - “Judicatura y Monocracia. De la constitución jurisdiccional a la monocrática en los países hispánicos de ambos mundos”. En *El juez entre el derecho y la ley: estado de derecho y derecho del estado en el mundo hispánico, siglos XVI a XXI*, Lexis Nexis, Santiago, 2006, pp. 659 – 745.
  - “Las dos caras de la codificación en Europa continental e Iberoamérica: legal y judicial”. En *El juez entre el derecho y la ley: estado de derecho y*

*derecho del estado en el mundo hispánico, siglos XVI a XXI*, Lexis Nexis, Santiago, 2006, pp. 279 – 304.

“*Odia restringi*. Forma y destino de una regla del derecho en Europa e Iberoamérica durante la Edad Moderna”. En *El juez entre el derecho y la ley: estado de derecho y derecho del estado en el mundo hispánico, siglos XVI a XXI*, Lexis Nexis, Santiago, 2006, pp. 305 – 321.

“Portales y el tránsito del Absolutismo Ilustrado al Estado constitucional de Chile”. En AA.VV., Portales, el hombre y su obra. La consolidación del gobierno civil, comp. Bernardino Bravo Lira, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1989, pp. 321 – 437.

“Puntales de la codificación en el Viejo y en el Nuevo Mundo (1797 – 1855). Tres grandes modelos: Von Martini en Austria, Portalis en Francia y Bello en Chile”. En AA.VV., *El Código Civil de Chile (1855 – 2005)*, Santiago, Lexis Nexis, 2007, pp. 101 – 133.

- CAMPOS HARRIET, Fernando: *Historia Constitucional de Chile*, Editorial Jurídica de Chile, 7ª edición, Santiago, 1997.
- CORVALÁN MÁRQUEZ, Luis: “Notas preliminares para un estudio sobre la relación entre historiografía y política en el pensamiento conservador chileno”. En Encuentro XXI, año 4, N° 13, 1998.
- COURTIS, Christian: Enseñanza jurídica y dogmática en el campo jurídico latinoamericano. En AA.VV., *Derecho y Sociedad en América Latina: Un debate sobre los estudios jurídicos críticos*, ILSA, Bogotá, 2003, pp. 75 – 91.
- DOMINGUEZ HIDALGO, Carmen: Una revisita a los cinco primeros artículos del “Código Civil”: la concepción original y estado actual. En AA.VV., *El Código Civil de Chile (1855 – 2005)*, Santiago, Lexis Nexis, 2007, pp. .
- DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio: “Alamiro de Ávila Martel cofundador de la Escuela Chilena de Historiadores del Derecho”. En AA.VV., *La Escuela Chilena de Historiadores del Derecho y los estudios jurídicos en Chile*, eds. Antonio Dognac y Felipe Vicencio, t. 1, Universidad Central de Chile, Santiago, 1999, pp. 225 – 239.

*Esquema del Derecho de Familia indiano*, Ediciones del Instituto de Historia del Derecho Juan de Solórzano y Pereyra, Santiago, 2003.

“Jaime Eyzaguirre y la Historia del Derecho”. En AA.VV., *La Escuela Chilena de Historiadores del Derecho y los estudios jurídicos en Chile*,

eds. Antonio Dougnac y Felipe Vicencio, t. 1, Universidad Central de Chile, Santiago, 1999, pp. 241 – 253.

“La codificación civil en Chile y la formación de su ‘Código Civil’”. En AA.VV., *El Código Civil de Chile (1855 – 2005)*, Lexis Nexis, Santiago, 2007, pp. 135 – 150.

“La Escuela Chilena de Historiadores del Derecho”. En AA.VV., *La Escuela Chilena de Historiadores del Derecho y los estudios jurídicos en Chile*, eds. Antonio Dougnac y Felipe Vicencio, t. 1, Universidad Central de Chile, Santiago, 1999, pp. 305 – 319.

“La unidad de domicilio conyugal en Chile indiano”. En *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 7, 1980, pp. 567 – 589.

*Manual de Historia del Derecho Indiano*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1994.

- ECHEVERRÍA, Javier: *Introducción a la metodología de la ciencia*, Cátedra, Madrid, 1999.
- EYZAGUIRRE, Jaime: *Fisonomía Histórica de Chile*, Editorial Universitaria, 6ª edición, Santiago, 1978.  
*Historia del Derecho*, Editorial Universitaria, 11ª edición, Santiago, 1991.
- FIGUEROA QUINTEROS, María Angélica: “La codificación civil chilena y la estructuración de un sistema jurídico legalista”. En AA.VV., *Andrés Bello y el Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1982, pp. 77-104.
- FUEYO LANERI, Fernando: *Interpretación y Juez*, Universidad de Chile y Centro de Estudios “Ratio Iuris”, Santiago, 1976.
- GARCÍA GALLO, Alfonso: *Metodología de la historia del Derecho Indiano*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1971.
- GARCÍA HUIDOBRO BECERRA, Cristóbal: “Recensión a Construcción de Estado en Chile (1800 – 1837). Democracia de los “pueblos”. Militarismo ciudadano. Golpismo oligárquico de Gabriel Salazar”. En *Historia* N° 40, vol. I, 2007
- GARCÍA VILLEGAS, Mauricio y RODRÍGUEZ, César: “Derecho y Sociedad en América Latina: propuesta para la consolidación de los estudios jurídicos críticos”. En AA.VV., *Derecho y Sociedad en América Latina: Un debate sobre los estudios jurídicos críticos*, ILSA, Bogotá, 2003, pp. 15 – 66.

- GAZMURI, Cristián: “Influencias sobre la historiografía chilena: 1842 – 1970”. En AA.VV., *Balance Historiográfico Chileno. El orden del discurso y el giro crítico actual*, ed. Luis de Mussy, Ediciones Universidad Finis Terrae, Santiago, 2007, pp. 75 – 94.  
*La Historiografía Chilena (1842 – 1970)*, Tomos I y II, Centro de Investigaciones Barros Arana, Taurus, 2009.
- GERTOSIO PÁEZ, Alberto: *Los abogados en el Chile indiano: formación jurídica, normas reguladoras y aspectos éticos de una profesión*, memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad Adolfo Ibáñez, 2001.
- GONZALEZ MORALES, Felipe: “Algunas observaciones sobre cultura judicial y enseñanza del derecho en Chile”. En *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, N° 13, Edeval, 2002, pp. 373 – 393.
- GREZ TOSO, Sergio: “Presentación” en *Historia del Derecho Chileno (1808 – 1924)* de Eric Palma González, Ediciones Orión, Santiago, 2006.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro: *Andrés Bello Codificador*, Ediciones de la Universidad de Chile, Santiago, 1982.  
“El código civil de Chile y sus primeros intérpretes”. En *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 19, N° 1, pp. 81 – 88.  
“Los quinientos años del derecho indiano”. En *Revista Chilena de Historia del Derecho*, N° 17, 1992, pp. 177 – 181.
- IRIBARREN, Juan Antonio: *Historia General del Derecho*, Editorial Nascimento, Santiago, 1938.
- JOCELYN HOLT, Alfredo: “Balance historiográfico y una primera aproximación al canon”. En AA.VV., *Balance Historiográfico Chileno. El orden del discurso y el giro crítico actual*, ed. Luis de Mussy, Ediciones Universidad Finis Terrae, Santiago, 2007, pp. 31 – 74.  
*La Independencia de Chile. Tradición, Modernización y Mito*, Editorial Planeta, Santiago, 1999
- KENNEDY, Duncan: “Forma y sustancia en la adjudicación del derecho privado”. En AA.VV., *Sociología jurídica: teoría y sociología del derecho en Estados Unidos*, ed. Mauricio García Villegas, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2001, pp. 162 – 187.

- KUHN, Thomas: *La estructura de las revoluciones científicas*, Fondo de Cultura Económica, Santiago, 1993.
- MARTÍNEZ BAEZA, Sergio: “Del Derecho Indiano al Derecho Común: la Escuela Chilena de Historiadores del Derecho”. En AA.VV., *La Escuela Chilena de Historiadores del Derecho y los estudios jurídicos en Chile*, eds. Antonio Dougnac y Felipe Vicencio, t. 1, Universidad Central de Chile, Santiago, 1999, pp. 321 – 327.
  - “El derecho castellano – indiano en el *Código Civil* de Bello”. En *Revista Chilena de Historia del Derecho*, N° 20, 2008, pp. 355 – 368.
  - “Escuela Chilena de Historia del Derecho: aportes y desarrollo”, disponible en <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artescuelachilena>
- MOLINA VERDEJO, Ricardo: “Aproximación al estado de la investigación contemporánea del Derecho Indiano en Chile, Bernardino Bravo Lira, Luis Lira Montt y Alamiro de Ávila Martel”. En *Revista de Derecho*, Valdivia, Vol. IV, 1993, pp. 83 – 90.
- MONTERO, Marcelo: “El discurso de la crisis de la profesión legal en Chile: consideraciones analíticas”. Disponible en <http://www.law.stanford.edu/publications/projects/perezperdomo/Monteros-profesionlegalenchile.pdf>
- PALMA GONZÁLEZ, Eric: Pasado, presente y futuro de la historia del derecho en Chile, en *Forum Historiae Iuris*; <http://fhi.rg.mpg.de/debatte/nuovomondo/pdf%20files/0903palma.pdf>
- PEÑA GONZÁLEZ, Carlos: "Hacia una caracterización del Ethos legal: De nuevo sobre la cultura jurídica". En *Evolución de la cultura jurídica chilena*, CPU, Santiago, 1994, pp.23 - 149.
- PÉREZ LLEDO: Juan Antonio: *El Movimiento Critical Legal Studies*, Tecnos, Madrid, 1996.
- PINEDO, Javier: “El pensamiento de los ensayistas y científicos sociales en los largos años 60 en Chile (1958 – 1973). Los críticos al proyecto de Francisco A. Encina”. En *Atenea*, N° 497, I semestre 2008, pp. 123 – 149.
- ROMERO SEGUEL, Alejandro, AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite Y BARAONA GONZÁLEZ, Jorge: “Revisión crítica de la causal fundante del

- recurso de casación en el fondo en materia civil”. en *Ius et Praxis*, Año 14, N° 1, pp. 225 – 259.
- ROSS, Alf: *Sobre el derecho y la justicia*, EUDEBA, 2ª edición, Buenos Aires, 1970 (trad. Genaro Carrió).
  - SALAZAR VERGARA, Gabriel: *Construcción de Estado en Chile (1800 – 1837). Democracia de los “pueblos”. Militarismo ciudadano. Golpismo oligárquico*, Editorial Sudamericana, 2ª edición, Santiago, 2007.
 

“Historiografía chilena siglo XXI: transformación, responsabilidad, proyección”. En AA.VV., *Balance Historiográfico Chileno. El orden del discurso y el giro crítico actual*, ed. Luis de Mussy, Ediciones Universidad Finis Terrae, Santiago, 2007, pp. 95 – 167.
  - SALVAT MONGUILLOT, Manuel: “Los representantes de la República”. En *Revista Chilena de Historia del Derecho*, N° 6, 1970, pp. 120 – 128.
 

“Necesidad de la perspectiva histórica en los estudios de Derecho”. En AA.VV., *La Escuela Chilena de Historiadores del Derecho y los estudios jurídicos en Chile*, eds. Antonio Dougnac y Felipe Vicencio, t. 1, Universidad Central de Chile, Santiago, 1999, pp. 261 – 285.
  - SERRANO, Sol: “La Universidad de Chile o el peso de la Historia”. En *Anales de la Universidad de Chile*, Sexta Serie, N° 2, diciembre de 1995, pp. 65 – 71.
  - SQUELLA, Agustín: *Filosofía del Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001.
 

*Introducción al Derecho*, Editorial Jurídica, Santiago, 2000.

“La cultura jurídica chilena: antecedentes, estado actual y proyecciones de una discusión”. En AA.VV., *Evolución de la cultura jurídica chilena*, Corporación de Promoción Universitaria, Santiago, 1994, pp. 7 – 21.
  - SUBERCASEUX, Bernardo: *Cultura y Sociedad Liberal en el siglo XIX*, Editorial Aconcagua, Santiago, 1981.
  - TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: *Manual de Historia del Derecho español*, Editorial Tecnos, Madrid, 1981.
  - TOPASIO FERRETTI, Aldo: “Carácter integrador e interpretativo de los principios generales del Derecho en la Codificación”. En *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Edeval, Valparaíso, N° 7, 1989, pp. 139 – 149.
 

*Fuentes del Derecho Chileno en la Codificación*, Edeval, Valparaíso, 1990.

*Fuentes del Derecho Chileno en la Precodificación (1810-1857)*, Edeval,  
Valparaíso, 1986.

- VICENCIO EYZAGUIRRE, Felipe: “Alamiro de Ávila Martel (1918 – 1990) Historiador, bibliógrafo y numismático”. En *Revista Chilena de Historia y Geografía*, Santiago, N° 162, 1996, pp. 163 – 214.