

PÉRDIDA DE LA COSA DEBIDA Y CAUSALIDAD HIPOTÉTICA: HISTORIA DOGMÁTICA LOS ARTÍCULOS 1672 Y 1676 DEL CÓDIGO CIVIL CHILENO*

[ENG] *Loss of the Thing Due and Hypothetical Causality: Dogmatic History of the Articles 1672 and 1676 of the Chilean Civil Code*

Fecha de recepción: 4 marzo 2024 / Fecha de aceptación: 10 abril 2024

PATRICIO LAZO
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
(Chile)
patricio.lazo@pucv.cl

Resumen: Este trabajo ofrece algunos resultados de una investigación de más largo alcance, sobre causalidad y responsabilidad contractual. El objetivo del trabajo es examinar la historia dogmática de dos preceptos del Código civil chileno, los artículos 1672 y 1676, en cuanto en ellos se observa la formulación de esquemas de causalidad hipotética en relación con los efectos de la pérdida de la cosa debida. El método observado ha sido el del examen de las fuentes del Código civil chileno en esta materia, para todo lo cual un punto de partida relevante son las notas de Bello al Proyecto de 1853. Se obtiene del estudio la evidencia de que los esquemas de causalidad hipotética introducidos en el Código civil chileno tienen un origen en la obra de Joseph Pothier y, a través de este autor, adquieren relevancia ciertos pasajes del Digesto, los que permiten establecer con precisión el conjunto de supuestos contenidos en dichos esquemas.

Palabras clave: Causalidad hipotética; doctrina civil francesa; fuentes del Código civil de Chile; Joseph Pothier; pérdida de la cosa debida.

Abstract: This paper offers some outcomes of a more far-reaching research into causality and contractual liability. The aim of the paper is to examine the dogmatic history of two statues of the Chilean Civil Code, articles 1672 and 1676, insofar as they show the formulation of hypothetical causality schemes regarding to the effects of the loss of the thing due. The method followed has been that of investigating the sources of the Chilean Civil Code on this matter, for which a relevant starting point is Bello's notes to the 1853 Project. The study provides evidence that the hypothetical causality schemes introduced in the Chilean Civil Code have an origin in the work of Joseph Pothier and, through this author, became relevant certain passages of the Digest, precisely those that allow establishing accurately the set of assumptions contained in said schemes.

Keywords: Hypothetical Causality; French civil doctrine; Joseph Pothier; Loss of the Thing Due; Sources of the Chilean Civil Code.

* Este trabajo forma parte del proyecto de investigación Fondecyt Regular número 1231024, financiado por la Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo (ANID), de Chile.



1. INTRODUCCIÓN

Los artículos 1672 y 1676 del Código civil chileno se encuentran insertos en el Título XIX del Libro IV, de modo que hacen parte de un conjunto de preceptos referidos a los distintos modos de extinguir las obligaciones. Este título en particular está dedicado a establecer reglas relativas a la pérdida de la cosa, en tanto uno de dichos modos; el orden expositivo que sigue comienza con una regla general, expuesta en el artículo 1670, de acuerdo con la cual la pérdida de la cosa debida produce la extinción de la obligación¹. A continuación, los artículos 1671 y siguientes ofrecen un conjunto de supuestos en los que la pérdida se combina con la culpa, la mora y, en el caso del artículo 1676, con el hurto de la cosa, de modo tal de constituir, o bien excepciones, o bien contraexcepciones a tal efecto extintivo. Dentro de este panorama, nuestro interés se centrará en los artículos 1672 y 1676. A fin de facilitar el análisis de estos preceptos, separaremos las reglas que los componen:

i) Primera regla (art. 1672, inciso 1º): “*Si el cuerpo cierto perece por culpa o durante la mora del deudor, la obligación del deudor subsiste, pero varía de objeto; el deudor es obligado al precio de la cosa y a indemnizar al acreedor*”. Se trata, como puede verse, de una excepción a la regla del artículo 1670. Me referiré a ella como la regla de la *perpetuatio obligationis*².

ii) Segunda regla (art. 1672, inciso 2º, primera parte): “*Sin embargo, si el deudor está en mora y el cuerpo cierto que se debe perece por caso fortuito que habría sobrevenido igualmente a dicho cuerpo en poder del acreedor, sólo se deberá la indemnización de los perjuicios de la mora*”. Puesto que se trata de una alegación que favorece al deudor, me referiré a ella como *exceptio*.

iii) Tercera regla (art. 1672 inciso 2º, segunda parte): “*Pero si el caso fortuito pudo no haber sucedido igualmente en poder del acreedor, se debe el precio de la cosa y los perjuicios de la mora*”.

¹ Artículo 1670. Cuando el cuerpo cierto que se debe perece, o porque se destruye, o porque deja de estar en el comercio, o porque desaparece y se ignora si existe, se extingue la obligación; salvo empero las excepciones de los artículos subsiguientes.

² Se trata de una regla acuñada por la jurisprudencia romana del último siglo de la República para expresar que, cuando se trataba de las obligaciones de dar, si la cosa perecía por un hecho atribuible al deudor, entonces la prestación cambiaba de objeto, debiendo a partir del momento del perecimiento el precio de la cosa. Una formulación única de la *perpetuatio obligationis* no se encuentra en las fuentes; los juristas utilizan construcciones gramaticales de distinta clase para reflejar esta idea, aunque es posible encontrar con mayor frecuencia una referencia al haber dependido las circunstancias del deudor (*si per te steterit*, D. 45, 1, 23; *per te staret quo minus dares*, D. 46, 3, 92 pr.). Véase KASER, M., «Perpetuari obligationem», en *Studia et Documenta Historiae Iuris* (1980), p. 87 s.

Puesto que este argumento puede ser esgrimido por el acreedor con el fin de enervar la *exceptio*; me referiré a él como *duplicatio*.

iv) Cuarta regla (art. 1676): “*Al que ha hurtado o robado un cuerpo cierto, no le será permitido alegar que la cosa ha perecido por caso fortuito, aun de aquellos que habrían producido la destrucción o pérdida del cuerpo cierto en poder del acreedor*”. Me referiré a ella como regla de la prohibición.

La regla de la *perpetuatio obligationis* tiene la estructura habitual de las normas jurídicas, conforme a la cual a un determinado hecho se le asigna un determinado efecto, de modo que su estructura es relativamente simple: “Dado A debe ser B” (donde A es el perecimiento de la cosa durante por culpa o durante la mora del deudor y B es la *perpetuatio obligationis*).

En cambio, las reglas segunda y tercera tienen una estructura diferente. Conforme a la segunda, la misma hipótesis de la regla primera invierte su efecto si puede presumirse que el hecho “A” *habría ocurrido igualmente* de haber estado la cosa en poder del deudor³. Lo singular es que, en estas condiciones, el hecho A ya no produce B, sino C, supuesta la ocurrencia de D (donde C es la extinción de la obligación y D la *exceptio*) admitido que de todos modos habría ocurrido; esto es, restablece para el deudor la hipótesis del artículo 1670, y lo hace no en virtud de un nuevo hecho, sino de una suposición, la de que lo mismo *habría ocurrido*, si la cosa hubiese estado en poder del deudor.

La tercera regla es un argumento destinado a enervar la *exceptio*, de modo que “*si el caso fortuito pudo no haber sucedido igualmente*”, entonces el deudor deberá el precio de la cosa más los perjuicios.

Las reglas segunda y tercera constituyen ejemplos de la invocación de un cierto tipo de causalidad a los que creo cabe caracterizar como hipotética; luego, ambas reglas constituyen argumento hipotético-causales⁴. Es decir, son *hipotéticos* a causa de que su construcción no se basa en un hecho acaecido, sino en uno puramente conjetural, como se sigue particularmente de la construcción en condicional de la segunda regla, “*habría sobrevenido*”. Son, al mismo tiempo, argumentos causales, porque en ellos la causalidad a la que aluden no es más que una hipótesis posible, una suerte de causalidad alternativa a la realmente acaecida, causalidad de la que puede decirse que, de haber ocurrido, habría conducido a ciertas

³ Subrayo que, en este caso, y aunque ello no sea decisivo, que la regla de la que ahora tratamos se expresa en condicional perfecto, lo que pone de relieve el carácter hipotético del supuesto.

⁴ GERKENS J.-F., “*Aeque perituris...*”: *Une approche de la causalité dépassante en droit romain classique*, Liège 1997, p. 19 ss.; GEBAUER, M., *Hypothetische Kausalität und Haftungsgrund*, Tübingen 2007.



consecuencias, igualmente hipotéticas; en este caso, el perecimiento de la cosa. Y, como se puede apreciar, todo lo anterior supone la naturaleza contrafactual de los argumentos, porque los efectos que de ellos se derivan se afirman en una evidencia inexistente, en hechos que no han acaecido en la realidad. Así, aunque sabemos que el caso fortuito existió y que afectó a la cosa debida en un sentido preciso (ésta pereció en manos del deudor), el argumento hipotético-causal prefiere superponer la conjetura de que ese mismo hecho habría tenido la virtualidad de que la cosa hubiese perecido en poder del acreedor. Esto, como se puede apreciar, equivale a establecer una conclusión sobre la base de un hecho que no se verificó, lo que admite calificar como contrafactual a este argumento.

Finalmente, la cuarta regla es una prohibición. Conforme a ella, al ladrón le es prohibido, en el evento de la pérdida de la cosa en su poder, invocar el argumento de la regla segunda.

Luego, se puede afirmar que los artículos 1672 y 1676 ofrecen cuatro reglas, estrechamente relacionadas y de aparición consecutiva: la primera impone la *perpetuatio obligationis* respecto de la prestación de dar un cuerpo cierto que ha perecido; la segunda, que opera sobre la base de conectar intelectualmente el hecho de la pérdida de la cosa debida con un resultado simplemente conjetural y sobre cuya base queda sin efecto la primera regla; la tercera, destinada a oponer al argumento anterior uno de idéntica naturaleza, sobre cuya base se restituye la *perpetuatio obligationis* de la primera y, finalmente, la cuarta, dirigida a impedir al ladrón valerse de la segunda de estas reglas para eximirse de responsabilidad. Adicionalmente, debe ponerse de relieve que, tanto la regla de la *exceptio* como la de la *duplicatio*, dirimen sucesivamente el problema -el primero, a favor del deudor; el segundo, en su contra-, a pesar del carácter hipotético y contrafactual de ellas, lo que implica que su grado de eficacia es siempre superior a la primera regla, basada estrictamente en hechos efectivamente acaecidos.

Esta prioridad del argumento hipotético es llamativa y por ello es lógico preguntarse por los fundamentos dogmáticos de esta forma de razonamiento, puesto que resulta al menos conjeturable pensar que ellas no son una creación de Andrés Bello, sino que, por el contrario, ellas formaban parte de un conjunto de reglas muy anteriores. Responder a esta pregunta importa remontarse a las fuentes tanto directas como indirectas del Código civil.

2. PREMISAS E HIPÓTESIS

Las fuentes que Bello tuvo a la mano para la redacción de las diversas partes del Código civil chileno (en adelante CCCh) han sido objeto de varios estudios⁵, de modo que existe claridad acerca de la influencia que, en general, ejercieron las Partidas, el Código civil francés (en adelante, *Code*) y los comentarios de Delvincourt a este último. Desde luego, se trata nada más que de fuentes directas, porque a través de ellas se recoge, en no pocas ocasiones, la doctrina de autores que las precedieron, de modo que éstas permean el contenido de disposiciones del código mediante la transmisión de las primeras; quizá si la obra de Pothier sea el caso más llamativo, si bien no el único.

Como ocurre con la mayoría de artículos del proyecto de 1853, Bello consignó, en sendas notas *ad legem* a los artículos 1672 y 1676, una remisión a fuentes romanas. Respecto del inciso primero del artículo 1672 señala: “L. 9, tít. 14, Part. 5; 11, 23, 82, § 1, *De verb. oblig.*”⁶; respecto del inciso segundo del mismo artículo la referencia es la siguiente: “L. 47, § final. *De legatis* 1; l. 15, § final, *De rei vindic.*”; es decir, D. 30, 47, 6⁷ y D. 6, 1, 15, 3. Amunátegui Perelló, que recoge este mismo elenco de fuentes, propone concordar estos preceptos con la obra de Pothier, *Obligaciones*, párrafos 663-664 y con el artículo 1302 del *Code*⁸. Por nuestra parte, sugeriremos agregar a este elenco de fuentes directas el comentario de Delvincourt al código francés, conforme a los argumentos que expondremos en su momento.

⁵ Se trata de un número crecido de estudios, por lo que remitimos a lo esencial GUZMÁN BRITO, A. *Andrés Bello codificador*, cit., p. 407 ss., analiza las diferentes fuentes y sus modos de influencia; NELLE, D., *Entstehung und Ausstrahlungswirkung der chilenischen Zivilgesetzbuches von Andrés Bello*, Frankfurt 1990.

⁶ Tal como aparece expresada en la nota, “11, 23, 82, § *De verb. oblig.*”, ella parece adolecer de un defecto en la citación. En efecto, se trata en todos los casos del mismo título del Digesto, *De verborum obligationibus*, del libro 45; los pasajes 23 y 82 § 1 son del todo pertinentes, no así el supuesto 11, que no se refiere a ningún caso de pérdida de la cosa, sino a otro completamente distinto, a saber, el de un hijo que estipula y adquiere mientras su padre está en cautiverio. A mi juicio, el editor de la obra de Bello cometió un error, consistente en confundir “ll.”, o sea, la abreviación del plural *leges*, con el número 11. Es decir, Bello quería iniciar la citación del modo que lo hace siempre, sólo que en este caso, al ser dos los pasajes citados, comienza su nota con “ll.”, lo que el editor interpreta incorrectamente como un número. De ahí que los pasajes del Digesto citados en la nota de Bello son sólo dos: D. 45, 1, 23 y D. 45, 1, 82, 1, ambos pertinentes con el contenido del artículo 1672.

⁷ Es conveniente explicar la referencia “1” que hace Bello al libro *De legatis*. En el Digesto, hay 7 libros dedicados a los legados y fideicomisos (30 al 36); de los comprendidos entre el 30 al 32, ninguno está subdividido en títulos. Por lo mismo, cuando Bello anota “1” a continuación de *De legatis* lo que hace es especificar que se refiere al libro 30. Y, puesto que no está dividido en títulos, su citación debe completarse inmediatamente por el número del pasaje, en este caso, 47, y este viene a su vez seguido por la referencia un párrafo de aquellos en los cuales se subdivide. Bello anota “final.”, con lo que hace referencia al último de los párrafos en que se subdivide esta ley, el que corresponde al 6.

⁸ AMUNÁTEGUI PERELLÓ, C., *Código civil de la República de Chile. Edición anotada, concordada y con fuentes*, Valencia 2019, *ad leg.*, reiteradas a su vez en AMUNÁTEGUI PERELLÓ, C. (editor), *Comentario histórico-dogmático al libro IV del Código civil de Chile*, t. II, Valencia 2023, *ad leg.*



A su turno, el artículo 1676, tal como fue promulgado, fue precedido de dos redacciones -en realidad, una, la que sería ampliada por otra sucesiva-, de las cuales se conserva, si no una redacción idéntica, una muy similar y en el mismo sentido. Así, en lo que respecta a los proyectos de 1842 y 1847, tanto el artículo 5 del Tít. XVIII del primer proyecto, como el artículo 182 del segundo, tenían la misma redacción: “*El que ha hurtado o robado un cuerpo cierto que perece por caso fortuito, no será admitido a probar que el caso fortuito habría producido iguales efectos estando el cuerpo cierto en poder del acreedor*”. A su turno, en el proyecto de 1853 la disposición se traslada al artículo 1859, que agrega a las circunstancias de hurto o robo, la de haber sido “tomado por la fuerza”. Como puede apreciarse, los cambios en la redacción definitiva del precepto resultan apenas formales, y no modifican en nada el impedimento del ladrón eximirse de responsabilidad por el caso fortuito.

Es significativo que en una nota al proyecto de 1853 Bello apunte, a propósito del inciso 2° del artículo 1676, lo siguiente: “*L. 19, De vi et vi arm.; l. 40, de cond. furt.*”, pasajes del Digesto que corresponden a D. 43, 16, 19 y a D. 13, 1, 20⁹, respectivamente.

La lectura de estas notas podrían sugerir que para Bello el examen de las fuentes ahí citadas habría sido suficiente para dar contenido a ambos preceptos. Pero ello podría ser una conclusión apresurada, porque supondría dejar de lado el hecho de que nuestro codificador se rodeó siempre de varias fuentes y difícilmente podría haberse limitado simplemente a unas extraídas del Digesto¹⁰. Añádase a ello que el código de Bello constituye una obra que, como pocas, puede ser apreciada también como el precipitado de una tradición jurídica, cuyas fuentes -en particular, indirectas- suelen conectar los contenidos de sus disposiciones con textos de diferentes épocas. En suma, puesto que nos interesa conocer más a fondo las hipótesis sobre causalidad que aparecen en el artículo 1672, así como la prohibición de valerse de ellas del artículo 1676, será entonces necesario reconstruir la historia dogmática de tales preceptos a partir de

⁹ Nuevamente, parece existir aquí un error de transcripción, ya que la nota de Bello hace referencia a un inexistente fragmento 40 dentro de D. 13, 1, ya que este título 1 culmina en el fragmento 20. Por lo demás, el contenido de éste, relativo a al ladrón que acepta el juicio por condición. Luego, la referencia hecha por Bello en la nota del proyecto de 1853 es un *lapsus calami*, no sabemos si suyo, o bien del editor de su obra.

¹⁰ Como lo recuerda AMUNÁTEGUI, M. *Don Andrés Bello y el Código civil*, Santiago 1855, p. 133, al momento de publicarse el Proyecto de 1853, Andrés Bello habría declarado lo siguiente en la *Advertencia*: “*He añadido a este primer libro algunas notas que apuntan a la ligera las fuentes de las que se han tomado, ó los motivos en que se fundan los artículos que pueden llamar principalmente la atención. En algunos, las notas parecerán superfluas; en otros se echarán menos. Siento decir que por falta de tiempo no me ha sido posible observar bajo este respecto un método uniforme en todos los títulos; pero me dedicaré gustoso á este trabajo, si pareciere útil*”. A partir de estas mismas palabras, GUZMÁN BRITO, A, *Andrés Bello codificador*, cit., p. 409, concluye la imposibilidad de identificar un criterio único que haya guiado a Bello en la redacción de las notas, por lo que sugiere utilizar estas notas tomando ciertas precauciones, entre ellas, las advertencias del propio Bello.

diversas fuentes del Código civil, además de las señaladas por Bello. El propósito enunciado se justifica aún más no sólo a la vista del conocimiento disponible sobre las fuentes que sirvieron a Bello para la redacción de este artículo, sino por el hecho de que no ha llegado a nuestro conocimiento ningún estudio sobre la historia dogmática de los artículos 1672 y 1676¹¹.

En lo que sigue, indagaremos acerca de las fuentes consignadas por Bello en el Proyecto de 1853, así como por aquéllas sugeridas por sus editores. Nuestro propósito consistirá en evaluar el grado de influencia que ellas pudieron tener en la redacción de los preceptos objeto de nuestro interés, así como el contenido dogmático contenido en ellos.

3. LAS FUENTES ROMANAS

Como ya hemos señalado, Bello apunta dos grupos de fuentes romanas para el artículo 1672, uno por cada inciso. Tales son, respecto del inciso primero 23, 82, § 1, *De verb. oblig.* (= D. 45, 1, 23 y D. 45, 1, 82, 1) y, respecto del inciso segundo, L. 47, § final. *De legatis* 1 (= D. 30, 47, 6) y l. 15, § final, *De rei vindic.* (= D. 6, 1, 15, 3). A su turno, las fuentes romanas citadas con ocasión del artículo 1676 son L. 19, *De vi et vi arm.* (= D. 43, 16, 19) y l. 40 (?) *de cond. furt.* (= D. 13, 1, 20) Las examinaremos siguiendo el mismo orden.

a) 23, § 1, *De verb. oblig.* = D. 45, 1, 23¹² es un pasaje inmerso en el Título sobre obligaciones verbales (*de verborum obligationibus*) del libro 45 del Digesto. Su contenido es el siguiente: cierto deudor debe, sea por causa de legado, sea por causa de estipulación, un esclavo, el que muere antes de

¹¹ No hace excepción a lo dicho el análisis de BARRIENTOS, M., *ad leg.*, pp. 683-687 (para el artículo 1672) y 694-695 (para el artículo 1676), en AMUNÁTEGUI PERELLÓ, C. (Ed.), *Comentario histórico-dogmático al libro IV del Código civil de Chile*, cit., dada la naturaleza dogmática comparada de la perspectiva ahí expuesta y, por consiguiente, muy distinta a la que aquí se desarrolla.

¹² “Si me debes un determinado esclavo a causa de legado o de estipulación, no respondes si este se muere, más que si dejaste por tu parte de dármelo cuando estaba vivo, como sucede si no me lo diste cuando te interpele para que me lo dieras, o si tú mismo le has dado muerte”. Traducción de D’ORS, A. *et al.*, *El Digesto de Justiniano*, t. I-III, Pamplona 1968-1975, *ad leg.* La doctrina chilena que ha estudiado el caso fortuito y sus efectos no se ha detenido mayormente en los artículos 1672 y 1676. Así, BRANTT ZUMARÁN, M. G., *El caso fortuito y su incidencia en el derecho de la responsabilidad civil contractual: concepto y función del caso fortuito en el Código Civil chileno*, Santiago 2010; ALCALDE SILVA, J. «La reaparición de la cosa perdida y la facultad del acreedor para reclamarla», en *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (2012), p. 43, se aproxima a algunos aspectos histórico-jurídicos del artículo 1672, sin identificarlos en clave de causalidad hipotética; TAPIA, M., *Caso fortuito o fuerza mayor*, Santiago 2019, p. 132 ss. no hace referencia a él a propósito de los efectos del caso fortuito en materia contractual; tampoco DE LA MAZA GAZMURI, I., VIDAL OLIVARES, A., *Contrato y caso fortuito. Irresistibilidad y consecuencias*, Valencia 2020, pp. 93 ss., en la documentada discusión que hacen en sobre los efectos del caso fortuito.



ser dado. La primera respuesta que da el jurista es que, en tal caso se extingue la deuda. Pero, a continuación, sostiene que sí responde en caso de que el esclavo no haya sido dado mientras estaba vivo, habiendo sido interpelado el deudor, o bien en el caso de que éste le haya dado muerte.

b) 82, § 1, *De verb. oblig.* = D. 45, 1, 82, 1¹³. Este fragmento, ubicado en el mismo título que el anterior, trata sobre la muerte del esclavo acaecida durante la mora del deudor. Al respecto, la respuesta del jurista es que el deudor queda obligado, agregando lo siguiente: “igualmente que si viviera” (*proinde ac si homo viveret*).

En suma, estas dos referencias se envuelven dos ideas centrales: la primera es que, si bien la pérdida de la cosa extingue la obligación -lo que está recogido en el artículo 1670-, la concurrencia de la mora del deudor, o bien su culpa (hipótesis que adopta la forma de dolo en D. 45, 1, 23) impiden esta extinción. La segunda idea -sustentada en D. 45, 1, 82, 1- refuerza esta última idea, sólo que con una formulación diferente a la del CCCh: la obligación subsiste “*como si el esclavo viviera*”, lo que no es sino una de las formas en que los juristas romanos hacían referencia a la *perpetuatio obligationis*. El CCCh, por su parte, acoge la primera de las ideas, pero a la segunda le da una forma muy distinta a la del texto romano: declara que la obligación varía de objeto, quedando el deudor obligado al pago del precio y a indemnizar al acreedor. Por consiguiente, no puede estimarse que al citar estas fuentes Bello quiso poner de manifiesto que de ellas extrajo la norma del inciso 1º del artículo 1672. Más bien parece que el interés está en fortalecer el argumento, mediante la exhibición de un alto grado de correspondencia con la dogmática existente en fuentes romanas. Bello, por consiguiente, resguardaría de este modo la pertenencia de la solución a la tradición jurídica romana.

c) L. 47, § final. *De legatis 1* = D. 30, 47, 6¹⁴. Esta fuente aparece en primer libro 30 sobre legados y fideicomisos del Digesto. El pasaje expone el caso de la desaparición de una finca legada a causa de un terremoto. Aunque el pasaje no informa sobre el tipo de legado del que la finca era objeto, es igualmente posible entender su sentido: muy probablemente, el heredero debía dar la finca, pero no fue posible a causa de la hendidura que acabó con el terreno (en latín, *chasma* hace referencia al tipo de

¹³ “Si el esclavo prometido hubiera muerto después de incurrir en mora quien lo prometió, queda éste obligado, sin embargo, lo mismo que si viviera el esclavo”. Traducción de D’ORS, A., et al., *El Digesto de Justiniano*, cit., ad leg.

¹⁴ “Asimismo, si se hubiese hundido la finca a causa de un terremoto, dice Labeón que no se debe su importe; lo que es cierto si no hubiese ocurrido estando en mora el heredero, porque, de haberla recibido el legatario <a su tiempo>, habría podido venderla”. Traducción de D’ORS, A., et al., *El Digesto de Justiniano*, cit., ad leg.

terremoto que provoca una cesura en el terreno). En opinión de un jurista (Labeón), en tal caso no se debe el precio o importe de la finca; luego, la obligación se ha extinguido. Pero a continuación, un segundo jurista (Ulpiano, el autor del pasaje), estima que esa solución es posible si no concurre una doble circunstancia: que de no haberse encontrado en mora el heredero el legatario habría podido vender la finca, de modo que no habría tenido que soportar la pérdida.

d) l. 15, § final, *De rei vindic* = D. 6, 1, 15, 3¹⁵. Esta segunda fuente se encuentra en un libro y título muy distinto: la reivindicación. El pasaje expone el caso de la muerte del esclavo o de un animal objeto de la reivindicación, sin culpa o dolo del poseedor. La pregunta que se plantea el jurista (Ulpiano) es si, en tal caso, el dueño podría reclamar el precio y plantea que la mayoría de los autores está de acuerdo en que no es posible. Pero agrega, a continuación, que podría darse una circunstancia que cambiaría las cosas: la suposición de que el demandante, en caso de habersele restituido el esclavo o el animal -en función de la cláusula arbitraria-, lo habría vendido. En tal caso, sostiene ahora Ulpiano, se le debe indemnizar.

Los pasajes examinados, a pesar de haber sido extraídos de *sedes materiae* muy diversas, tienen en común en que, en ambos casos, la regla general de la extinción de la deuda por la pérdida, sin culpa o dolo del deudor, produce la extinción de la obligación, reconoce una importante excepción: la suposición de que, de no haberse incurrido en mora y de haberse dado (en el caso de D. 30, 47, 6), o bien, restituido (caso de D. 6, 1, 15, 3), la contraparte la habría vendido, gracias a lo cual no habría experimentado la pérdida. Es decir, ambos pasajes hacen referencia a lo que hemos llamado la regla de la *duplicatio*, contenida en la segunda parte del inciso 2º del artículo 1672. Luego, estos pasajes parecen cumplir una función muy similar a los pasajes citados a propósito del inciso 1º, es decir, brindan a Bello la posibilidad de proponer una solución cuyo fundamento se reconduce a la jurisprudencia romana, lo que aseguraría su plausibilidad.

e) l. 19, *De vi et vi arm.*; l. 40 (?) = D. 43, 16, 19¹⁶. El pasaje se encuentra inserto en un título sobre los interdictos *de vi et vi armata* y se vincula a la materia de los artículos 1676, en primer lugar, y

¹⁵ “Si el esclavo que se pidió, o un animal cualquiera, hubiera muerto sin dolo ni culpa del poseedor, entiende la mayoría que no es reclamable el precio; sin embargo, es más cierto que si el demandante, en caso de haberlo recibido había de venderlo, se debe indemnizar al que ha sufrido la mora, pues si se lo hubiese restituido, lo habría vendido y se habría beneficiado con el precio”. Traducción de D’ORS, A., et al., *El Digesto de Justiniano*, cit., ad leg.

¹⁶ “Con razón respondió Juliano que, si me has expulsado por la violencia de un fundo en el que había cosas muebles, como quiera que me debes restituir por el interdicto «de donde con violencia», no sólo la posesión del suelo, sino también las cosas



1672, en segundo lugar, a través de dos puntos de conexión. El primero es que el hecho que funda la causa del interdicto es la expulsión violenta del solicitante de éste de su predio. No se trata, por consiguiente, de un hurto o robo, sino de un hecho tan antijurídico y delictivo como éstos. El segundo es que en el pasaje ciertas cosas perecen en manos del poseedor violento. A partir de estos hechos, el jurista responde que las cosas que hayan desaparecido, como los esclavos o los animales, por causa de muerte, y por accidente, ellas deben igualmente ser restituidas en virtud del interdicto.

f) l. 40 (?) *de cond. furt.* = D. 13, 1, 20¹⁷. El contexto de este pasaje es el ejercicio de la *condictio furtiva*. Esta acción se concedía al propietario, junto a la *rei vindicatio*, entre otras razones, porque permitía exigir el precio de la cosa. En el pasaje, el ladrón se allana a defenderse en el juicio iniciado por la *condictio furtiva* y, seguidamente, la cosa perece. Ante la posibilidad de que entienda extinguida la obligación, el jurista se adelanta a señalar que desde antiguo se ha considerado que ello no es óbice para que el juicio siga su curso, entre otras cosas porque se entiende que la pérdida se ha producido en una circunstancia equivalente a la mora del deudor, toda vez que se considera al ladrón siempre en mora. Luego, el perecimiento de la cosa en manos del ladrón no extingue la obligación, lo que significa que ésta cambia de objeto; en este caso, se perseguirá ya no la cosa, sino su valor.

Recordemos que estos dos pasajes tienen en común con el que ambos aparecen en la nota de Bello a propósito del artículo 1676, precepto que deniega al ladrón la posibilidad de invocar el argumento hipotético-causal que hemos aquí llamado *exceptio*. ¿Hacen referencia estos pasajes a una situación como esa? En realidad, los pasajes están conectados con el artículo 1676 en los siguientes aspectos: *i*) en cuanto los sujetos pasivos tanto del interdicto *unde vi*, como de la *condictio* han cometido un delito; *ii*) que, en ambos casos, las cosas que estaban en poder de los hechores han desaparecido; y, *iii*) que en ambos casos, la pérdida de las cosas no implica ni podría implicar que el demandado deje de restituir. Sin embargo, ninguno de estos pasajes guarda relación con la invocación, por parte del demandado, del argumento de que la cosa habría perecido igualmente en poder del demandante. Es probable que ello esté tácitamente

que allí había, aunque yo me hubiera demorado en demandarte con el interdicto y hubieran desaparecido <entretanto> algunos esclavos o cabezas de ganado, a causa de muerte, u otras cosas accidentalmente perecidas, no dejas por ello de tener que restituirlas, pues te has hecho deudor más que moroso desde el mismo momento del acto delictivo <de tu violencia >". Traducción de D'ORS, A., et al., El Digesto de Justiniano, cit., ad leg.

¹⁷ "Aunque el ladrón hubiese estado dispuesto a aceptar el litigio de condición y yo hubiera podido reclamar así la cosa mientras existía, pero luego hubiese ésta desaparecido, con todo, los antiguos jurisconsultos quisieron que perdurara la condición, pues quien ha sustraído una cosa, en un primer momento, contra la voluntad del propietario, se entiende que siempre incurre en mora para la restitución de aquello que no debió quitar". Traducción de D'ORS, A., et al., El Digesto de Justiniano, cit., ad leg.

implícito en D. 43, 16, 19, en cuanto se trata de muertes accidentales, pero decididamente no está presente en D. 13, 1, 20. Luego, si nos preguntamos cuál pudiera ser la función que está llamada a cumplir en estos casos la nota de Bello, habría que descartar que ésta fuese fundar la solución que aparece en el artículo 1676. Esta prohibición no sólo no aparece en los pasajes extraídos del Digesto examinados, sino que el problema como tal (la invocación de la *exceptio*) está muy lejos del contexto en que cada uno se plantea. Luego, deberá concluirse que en este caso Bello no ha podido más que establecer un cierto grado de conexión entre todos ellos, mas no -como ocurre en los casos que hemos visto antes-, mas no un antecedente de la prohibición. Ésta, por lo tanto, si no fue obra de Bello, debía encontrarse en otras fuentes; es decir, o bien en las Partidas, o bien en las fuentes francesas.

4. LAS PARTIDAS

Como hemos tenido ocasión de ver, las Partidas podrían constituir una de las fuentes tenidas a la vista por Bello, específicamente, P. 5, 14, 9, que, en su primera parte, establece: “*Bestia, o otra cosa cierta deuiendo vn ome a otro, si aquella se perdiessse, o se muriessse, antes del plazo a que la deuia dar; o si el plazo non fuese puesto, ante que el otro gela demandasse por juyzio; si la perdida, o la muerte non auino por culpa, nin por engaño del deudor, quito es de tal debdo*”.

Como puede verse, en esta parte la disposición de Partidas establece que, en el caso de perecer la cosa en poder del deudor, sin encontrarse en mora (“*antes del plazo*”), y sin actuar culposa o dolosamente, su responsabilidad se extingue (“*quito es*”). Esta consecuencia guarda correspondencia no con el artículo 1672, sino con el 1670¹⁸.

A su turno, la segunda parte de P. 5, 14, 9 establece: “*Mas si se perdiessse, o se muriessse por su culpa, o por el engaño que el debdor fiziesse, entonce tenuto seria de pechar la estimación della*”. Luego, en esta parte el precepto de Partidas se conecta mejor con el artículo 1672 en su primera parte, en que se trata del supuesto de la pérdida en razón de culpa o mora del deudor. Desde luego, el alcance es parcial, ya que la fijación alfonsina no alcanza a hablar aquí de mora, sino que mantiene la atención sobre la culpa y el dolo (“*engaño*”).

¹⁸ Art. 1670. Cuando el cuerpo cierto que se debe perece, o porque se destruye, o porque se deja de estar en el comercio, o porque desaparece y se ignora si existe, se extingue la obligación, salvas empero las excepciones de los artículos subsiguientes.



El precepto de Partidas continúa con la enunciación de una serie de supuestos que ningún parecido guardan con el contenido del inciso 1º del artículo 1672. Así, por ejemplo, se pronuncia sobre el juramento que hace el deudor a instancias del acreedor, a resultas del cual el primero jura que nada debe; o bien trata el supuesto en que la deuda conste en un documento escrito y éste sea cedido por el acreedor al deudor, o bien sea roto por el primero. En ambos casos las Partidas establecen como consecuencia la extinción de la obligación del deudor. Con todo, en esta parte ya no resultan útiles para nuestro empeño, por no coincidir con ningún supuesto contenido en el artículo 1672.

La valoración de la influencia del texto de Partidas no puede, con todo, ser minimizada. Como se puede apreciar, a través de Partidas el CCCh recibe la idea, de origen romano, de la *perpetuatio obligationis*, sobre la cual ya nos hemos referido. De hecho, las fuentes romanas citadas por Bello (D. 45, 1, 23 y D. 45, 1, 82, 1)¹⁹ se refieren precisamente a supuestos de pérdida de una cosa cierta objeto de estipulación.

Distinta es la situación del inciso 2º. Como anota el propio Bello, tanto las fuentes de este precepto como del artículo 1676 se hallan en el Digesto. Pero deberemos suspender momentáneamente el examen de tales fuentes romanas para antes examinar la influencia que pudieron tener tres fuentes francesas: el *Code*, Pothier y Delvincourt.

5. LA PÉRDIDA DE LA COSA DEBIDA EN EL CODE

Daremos inicio a nuestra indagación comenzando por el *Code*, conocida fuente del de Bello²⁰. Las numerosas similitudes que existen entre ambos códigos son significativas para nuestro análisis y, por consiguiente, no pueden menos que ponerse de manifiesto. Por lo pronto, ambos códigos establecen en sus respectivos libros sobre obligaciones, a saber, III del francés y IV del chileno, un capítulo (en el caso del francés) o varios títulos (en el caso del chileno), relativos a la extinción de las obligaciones. Así, en

¹⁹ El primer pasaje, D. 45, 1, 23 trata sobre la deuda de un esclavo por causa de legado

²⁰ GUZMÁN BRITO, A., *Andrés Bello codificador*, cit., p. 422, pone de relieve cómo el código francés es la fuente jurídica extranjera más importante para Bello, que en su momento lo llama “precioso código”. No obstante, destaca que el uso que hizo Bello de este cuerpo legal no fue, en modo alguno, servil, en el sentido de valerse de traducciones o simples adaptaciones; luego, el uso del código francés habría sido mediado por una evaluación de la corrección de cada una de sus disposiciones y de la posibilidad de adaptarlo al lenguaje e instituciones chilenas. Véase también GUZMÁN BRITO, A., «La influencia del Código civil francés en las codificaciones americanas», en *L’avenir de la codification en France et en America Latine / El futuro de la codificación en Francia y en América Latina*, pp. 47-74, LARROUMET, C., (Dir.) TAPIA, M., (Coord.), Paris 2004, y TAPIA, M., *Código civil. 1855-2005. Evolución y perspectivas*, Santiago 2005, p. 27 ss.

el *Code*, se trata del capítulo V, *De la extinción de las obligaciones*, que hace parte, a su vez, del título III del libro III. Dicho capítulo V trata de los modos de adquirir en sendas secciones, que van de la primera a la séptima, en el orden que sigue: del pago (secc. I), de la novación (secc. II), de la remisión de la deuda (secc. III), de la compensación (secc. IV), de la confusión (secc. V), de la pérdida de la cosa (secc. VI) y de la acción nulidad o rescisión de las convenciones (secc. VII). A su turno, el CCCh dedica los títulos XIV y siguientes a “*Los modos de extinguirse las obligaciones*”, y lo hace en el siguiente orden: pago (tít. XIV), novación (tít. XV), remisión (tít. XVI), compensación (tít. XVII), confusión (tít. XVIII), pérdida de la cosa (tít. XIX) y nulidad o rescisión (tít. XX). Es evidente, por consiguiente, que ambos códigos siguen un mismo orden y que no hay diferencias en cuanto al número de modos de extinguir las obligaciones tratados. Es decir, Bello debió tener a la vista el *Code*, aunque sólo fuera para seguir su exposición de las materias en este punto.

Ahora bien, los artículos que el Código francés dedica la pérdida de la cosa son sólo dos, a saber, 1302 y 1303. De estos dos preceptos nos interesa el primero, el artículo 1302, dividido en 4 incisos, de los cuales son relevantes para nosotros el 2° y el 4°.

El inciso 2° expresa lo siguiente: “*Aunque el deudor se encuentre en mora, y salvo que haya obligado a asumir la responsabilidad por el caso fortuito, la obligación se extingue si es el caso que la cosa hubiese perecido igualmente en poder del acreedor si ella le hubiese sido entregada*”²¹. Este inciso es importante tenerlo presente por dos motivos. El primero, porque se trata de un precepto que, al igual que tantas otras disposiciones de este Código, tendrá una amplia influencia, tanto en el Código civil chileno -que, como se verá, adopta una disposición muy parecida- y en todos los influidos por éste, como en otros dos códigos de la época, el de la Luisiana y el sardo²². El segundo motivo es que en esta disposición se plantea la posibilidad de que el deudor en mora -que, por lo mismo, debería responder por el caso fortuito- vea extinguida su obligación si fuere el caso de que la cosa hubiese perecido igualmente en poder del acreedor.

²¹ “*Lors même que le débiteur est en demeure, et s’il ne s’est pas chargé des cas fortuits, l’obligation est éteinte dans le cas où la chose fût également perie chez le créancier si elle lui eût été livrée*”. Traducción del autor.

²² El artículo 2216 -derogado desde 1985- del Código de la Luisiana y el artículo 1393 incisos 2° y 4° del Código sardo recogen, sin modificaciones, lo dispuesto en el artículo 1302 del Código francés. Lo mismo ocurre con el Proyecto de Código civil español de 1851, obra de García Goyena, cuyo artículo 1860, inciso 4°, dispone: “*Aun cuando el deudor se haya constituido en mora, si no se ha obligado a responder de los casos fortuitos, la obligación se extingue siempre que se pruebe que la cosa se hubiera perdido igualmente en poder del acreedor, si se le hubiere hecho su entrega; pero esta excepción no aprovechará al deudor que se halle en el segundo caso previsto en el párrafo 2o del artículo 1006*”.



¿Hasta qué punto pudo ser el *Code* una fuente del CCCh en este punto? Para responder, compararemos ambas normas:

Code, art. 1302 inc. 2°

Aunque el deudor se encuentre en mora, y salvo que haya obligado a asumir la responsabilidad por el caso fortuito, la obligación se extingue si es el caso que la cosa hubiese perecido igualmente en poder del acreedor si ella le hubiese sido entregada.

CCCh, art. 1672, inc. 2°

Sin embargo, si el deudor está en mora y el cuerpo cierto que se debe perece por caso fortuito que habría sobrevenido igualmente a dicho cuerpo en poder del acreedor, sólo se deberá la indemnización de los perjuicios de la mora. Sin embargo, si el deudor está en mora y el cuerpo cierto que se debe perece por caso fortuito que habría sobrevenido igualmente a dicho cuerpo en poder del acreedor, sólo se deberá la indemnización de los perjuicios de la mora. Pero si el caso fortuito pudo no haber sucedido igualmente en poder del acreedor, se debe el precio de la cosa y los perjuicios de la mora

Como podrá apreciarse, el precepto chileno no es una traducción del francés, pero contiene la misma idea central, que hemos llamado *exceptio*: si puede estimarse que la cosa hubiese perecido igualmente en poder del acreedor, no obstante encontrarse éste en mora de entregar, queda extinguida la obligación. Como ya hemos tenido ocasión de señalar, la nota de Bello a este inciso 2° no remite, sin embargo, al Código francés, sino que a ciertos pasajes del Digesto, como antes se expuso. Con todo, dejemos consignado que la similitud en el contenido de ambos preceptos hace inevitable conjeturar cuando menos la consulta del texto francés.

El artículo 1672, sin embargo, contiene una segunda parte que no aparece en el artículo 1302 del *Code*, a saber: “*Pero si el caso fortuito pudo no haber sucedido igualmente en poder del acreedor, se debe el precio de la cosa y los perjuicios de la mora*”. Se trata, como hemos adelantado, de una tercera regla, que hemos llamado *duplicatio*, que sirve para ser opuesta a la alegación o *exceptio* del deudor de haberse extinguido la obligación. Es evidente que si ésta se funda en la invocación de una causalidad hipotética, de acuerdo con la cual la cosa habría perecido igualmente en poder del acreedor, esta *duplicatio* se funda, también, en la invocación de una causalidad hipotética, que enerva a la anterior mediante la negación de su efecto (hipotético), es decir, negando, en este caso, que la cosa habría perecido en poder del acreedor.

Examinemos a continuación si el *Code* puede ser relevante para la interpretación del artículo 1676, es decir, la regla de la prohibición al ladrón de invocar la *exceptio*.

El inciso 4° del artículo 1302 del *Code* dispone: “*De cualquier modo que la cosa hurtada haya perecido o se haya perdido, su pérdida no exime a aquél que la sustrajo de la restitución del precio*”²³. La disposición mantiene un cierto parecido con la disposición del Código chileno; así, por ejemplo, que mientras el *Code* habla de la cosa hurtada (*volée*), el CCCh habla de un cuerpo cierto que pudo haber sido objeto de hurto o robo, lo que implica aproximadamente lo mismo. Sin embargo, hay que anotar una diferencia que no deja de ser significativa: mientras el *Code* simplemente dice que la pérdida de la cosa no exime al ladrón de la obligación de restituir el precio, lo que implica en definitiva la *perpetuatio obligationis*, el chileno dice algo distinto: que el ladrón no puede alegar a su favor el caso fortuito, “*aun de aquellos que habrían producido la destrucción o pérdida del cuerpo cierto en poder del acreedor*”. Y es precisamente la redacción la de esta prohibición, que exhibe evidentemente un grado de elaboración muy distinto, lo que hace difícil pensar que, en esta materia en concreto, Bello pudo haberse inspirado en la norma francesa. En otras palabras, el codificador chileno dejaría de lado, en este punto, el texto francés y volvería los ojos a su artículo 1672 inciso 2°, de modo de anclar el sentido del artículo 1676 al mismo argumento causal que aparece en él, esto es, la suposición de que la cosa habría perecido igualmente en poder del acreedor.

Por consiguiente, los artículos 1672 inciso 2° y 1676 se conectan en torno al argumento hipotético-causal (la cosa habría perecido igualmente en manos del acreedor), pero a través de reglas opuestas: en tanto en el primer precepto, en su primera parte, la *exceptio* actúa a favor del deudor, quien evita así la *perpetuatio obligationis*, aunque deja persistente la indemnización por la mora, el segundo prohíbe la alegación de idéntico argumento por parte de quien ha hurtado o robado la cosa. La causalidad hipotética, por consiguiente, está en el centro de las reglas de ambos preceptos, sólo que en funciones opuestas.

Lo anterior marca otra diferencia del CCCh con el *Code*: si éste condena al ladrón al pago del precio de la cosa, el Código chileno lo condena a más. En efecto, si en éste, al deudor de buena fe el caso fortuito le serviría para eximirse de pagar el valor de la cosa, debiendo sólo los perjuicios de la mora, al ladrón, interdicto ahora de alegar el caso fortuito, le sería aplicable entonces lo dispuesto en el inciso

²³ “*De quelque maniere que la chose volée ait péri ou ait été perdue, sa perte ne dispense pas celui qui l’a soustraite, de la restitution du prix*”. Traducción del autor.



primero del artículo 1672, es decir, el precio de la cosa y los perjuicios de la mora. En el *Code*, en cambio, el ladrón es obligado tan solo al precio de la cosa, lo que equivale que a su respecto se continúa la lógica de la *perpetuatio obligationis*. El cambio no es accidental y, como lo vimos a propósito del examen de D. 13, 1, 20, se relaciona con el hecho de que, desde Roma, se equipara el ladrón al deudor en mora.

De lo examinado fluyen tres conclusiones. La primera, que ya en el *Code* encontramos un supuesto de causalidad hipotética (la regla que hemos llamado *exceptio*) que, aunque formulada en términos diferentes, aparece también en el Código civil. La segunda es relativa a la regla *duplicatio*. Hay que descartar que Bello se haya servido del *Code* para introducir esta regla, ya que éste no contenía *duplicatio* alguna. Por lo mismo, el posible origen para de esta disposición habría que buscarlo en alguna fuente distinta al *Code*, sea ésta anterior, sea posterior. Habrían entonces dos fuentes probables: una, Pothier, conocida fuente del *Code* y Delvincourt, conocido comentarista del *Code*; las obras de ambos autores fueron no solo conocidas, sino también utilizadas por Bello.

6. POTHIER

Que la obra de Pothier fue una de las fuentes del Código civil francés es un asunto que está suficientemente estudiado. La extensión y claridad de su inmensa obra fueron determinantes para que los codificadores franceses tuvieran su obra a mano y, por lo mismo, resultó muy influyente²⁴. Su *Traité des obligations*²⁵, específicamente el tomo 2, corresponde a la tercera parte de la obra de conjunto, dedicada a los modos de extinguir las obligaciones. El capítulo primero de esta parte se refiere al pago; la segunda, a la novación; la tercera, a la remisión de la deuda; la cuarta, a la compensación, la quinta a la confusión; la sexta al pericimimiento de la cosa; la séptima a otros modos de extinguir las obligaciones, como la prescripción, la condición resolutoria, la muerte del acreedor o del deudor. Si se compara con la ordenación que siguen los códigos francés y chileno, se descubre que hasta el sexto modo, son idénticos,

²⁴ Pothier ha sido llamado ‘padre espiritual del Code’, como lo recuerdan BASDEVANT-GAUDEMET, B., GAUDEMET, J., *Introduction historique au Droit XIII^e-XX^e siècles*, Paris 2003², p. 170. Sobre el uso de su obra por los codificadores franceses, véase OURLIAC, P., GAZZANIGA, P., *Histoire du droit privé français de l'An mil au Code civil*, Paris 1985, p. 160 y, especialmente, p. 335, donde se refieren a los redactores del Código francés como “discípulos de Pothier”, formados en derecho romano y favorecedores de las soluciones del derecho francés consuetudinario; ARNAUD, A.-J., *Les origines doctrinales du Code civil français*, Paris 1969, p. 111 ss.; VAN WARMELO, P., «Our Legal Heritage: Robert-Joseph Pothier», en *De Rebus Procuratoriis* (1977), pp. 709-711. Sobre la formación de Pothier y sus influencias, véase DE MONTMORENCY, J. E., «Robert-Joseph Pothier and French Law», en *Journal of the Society of Comparative Legislation* (1913), pp. 265-287.

²⁵ POTHIER, *Ouvres de Pothier. Traité des obligations*, t. II, Paris 1821.

pero difieren en que los códigos mencionados no incorporan un capítulo o título sobre otros modos. Por lo tanto, parece claro que uno y otro cuerpo legal son deudores, por lo pronto en la singularización de los modos de extinguir las obligaciones, del trabajo de Pothier.

Ahora bien, para examinar lo que concierne a la doctrina de Pothier sobre la pérdida de la cosa, haré una somera descripción de cómo sistematiza su doctrina, para, a continuación, evaluar hasta qué punto ella influye en la que exhiben los códigos francés y chileno.

Pothier comienza su exposición (n.º 660) con una afirmación general de la cual los restantes párrafos constituirán, en su mayoría, excepciones. Dicha afirmación general es la siguiente: “*El perecimiento de la cosa debida extingue la deuda cuando la cosa ha perecido completamente*”²⁶. A continuación (n.º 661), amplía esta regla: “*Para que el perecimiento de la cosa debida extinga la deuda se requiere, además, que ella no acaezca por un hecho o culpa del deudor, y antes de constituirse en mora*”²⁷. Corolario de esta afirmación es que si la cosa perece por un hecho o culpa del deudor, entonces éste no puede pretender la extinción de la obligación, de modo que queda obligado a restituir el precio de la cosa (n.º 662)²⁸. Finalmente, tampoco se extingue si la cosa perece encontrándose el deudor en mora (n.º 663)²⁹. Y, en el n.º 664, establece: “*Para que la pérdida de la cosa debida, ocurrida durante la mora del deudor, no extinga la deuda, se requiere, 2º que la cosa no hubiese perecido igualmente en poder del acreedor si ella le hubiese sido entregada antes de la demanda*”³⁰ (el requisito 1º aparece enunciado en uno de los párrafos del n.º 663, y corresponde al evento de que la pérdida se produzca mientras dura la mora).

Es conveniente detenerse en este último punto, porque aquí Pothier establece una excepción a la regla del n.º 663, y ella consiste en que la cosa habría perecido igualmente en poder del acreedor. Y, a fin de fundar esta *exceptio*, cita los siguientes pasajes del Digesto; l. 47 §, *fin. de leg.* (= D. 37, 47, 6); l. 14

²⁶ POTHIER, cit., p. 130: “*L’extinction de la chose due éteint la dette lorsque la chose est totalement périée*”. Traducción del autor. Existe una traducción de esta obra al español, publicada en Buenos Aires, en 1961, por Omeba; debido a la presencia de algunos errores, particularmente en relación la transcripción de fuentes, dicha traducción no es utilizada aquí.

²⁷ POTHIER, cit., p. 131: “*Pour que l’extinction de la chose due éteigne la dette, il faut aussi qu’elle arrive sans le fait ni la faute du débiteur, et avant qu’il ait été constitué en demeure*”. Traducción del autor.

²⁸ POTHIER, cit., p. 131: “*Si la perte de la chose due est arrivée par le fait du débiteur, il est évident que l’obligation ne doit pas être éteinte, et qu’elle doit se convertir en l’obligation du prix de cette chose*”. Traducción del autor.

²⁹ POTHIER, cit., p. 131 s.: “*Enfin, la perte de la chose due n’éteint point l’obligation, lorsqu’elle est arrivée depuis que le débiteur a été constitué en demeure de la donner*”. Traducción del autor.

³⁰ POTHIER, cit., p. 132: “*Pour que la perte de la chose due, survenue depuis la demeure du débiteur, n’éteigne point la dette, il faut, 2º, que la chose ne fût pas également périée chez le créancier, si elle lui eût été livrée lors de la demande [...]*”. Traducción del autor.



§. 1, *ff. depos.* (= D. 16, 3, 14, 1); l. 12 § 4 *ff. ad exhib.* (= D. 10, 4, 12, 4); l. 15 §. *fin. de rei vend.* (= D. 6, 1, 15, 3). Se trata, en otras palabras, de la misma hipótesis causal que recogen, con idénticos función y efectos, los artículos 1302 del código francés y 1672 del chileno.

Pothier explica esta situación con base en el siguiente razonamiento: si se puede estimar que la cosa habría perecido igualmente en poder del acreedor, evidentemente no habrían perjuicios, derivados de la mora, que el acreedor pudiese exigir al deudor³¹. Y sigue a esta afirmación otra de carácter igualmente hipotético: “Se puede presumir que la cosa no habría perecido en poder del acreedor si éste fuese un comerciante que la habría adquirido para venderla”, a lo que añade el supuesto de perecimiento de la cosa en un incendio, el que, desde luego, no habría tenido por qué ocurrir en el domicilio del acreedor³².

Por consiguiente, las hipótesis causales de la *exceptio* (perecimiento de la cosa en poder del acreedor) y de la *duplicatio* (no perecimiento de la cosa en poder del acreedor) se encontraban en Pothier y, probablemente, Bello lo vio así al consultar, sobre este punto, la obra de este jurista. Parece claro que los codificadores franceses decidieron seguir a Pothier incluyendo en el artículo 1302 la *exceptio*, pero optaron por excluir toda mención a la *duplicatio*. Qué razones tuvieron, es algo que excede el objetivo de este trabajo. ¿Decidió Bello seguir a Pothier también en la *duplicatio*, a pesar de que el *Code* no lo había hecho? Es una probabilidad que, aunque sea provisional, se ve reforzada por el hecho de que Bello dos de las fuentes citadas por Pothier sobre esta materia son seguidas por Bello, a saber, l. 47 §, *fin. de leg.* (= D. 37, 47, 6) y l. 15 §. *fin. de rei vend.* (= D. 6, 1, 15, 3), precisamente las dos fuentes que hacen referencia a la eventual venta de la cosa por el acreedor antes de su perecimiento³³.

³¹ POTHIER, cit., p. 132: “*Car la demeure du débiteur ne perpétue la dette, nonobstant l’extinction de la chose due, que par forme de dommages et intérêts: si le créancier n’a pas souffert de la demeure de son débiteur, il ne lui en est pas dû. Or il est évident qu’il n’en souffre pas, si la chose fût également périée chez lui*”. Traducción del autor.

³² POTHIER, cit., p. 132: “*On présumera facilement que la chose ne seroit pas également périée chez le créancier, si le créancier étoit un marchand qui l’achetoit pour la revendre. Si la chose a péri par l’incendie du lieu où elle étoit chez le débiteur, il est évident qu’elle ne seroit pas périée si elle eût livrée au créancier*”. Traducción del autor.

³³ Las otras dos fuentes, a saber, l. 14 §. 1, *ff. depos.* (= D. 16, 3, 14, 1); l. 12 § 4 *ff. ad exhib.* (= D. 10, 4, 12, 4) no son igualmente útiles, de cara a fundar la *duplicatio*. Por de pronto, el primero de estos pasajes, relativo a la demanda contra el depositario, establece que si la cosa perece en poder de éste antes de la sentencia, y lo hace por causas naturales, se debe absolver al depositario. En el segundo, pasaje, relativo al ejercicio de la acción exhibitoria, aunque puede operar como fundamento de la *duplicatio*, puede estimarse menos relevante, toda vez que, en el supuesto ahí tratado, la cosa que se pedía exhibir perece también antes de la sentencia y el jurista es de la opinión de que el demandado debe ser igualmente condenado si se probara que el accidente no habría ocurrido de haberse exhibido la cosa oportunamente.

Ahora bien, cuando llega el momento de tratar de la situación de la pérdida de la cosa en poder del ladrón, Pothier afirma que no entrará en la discusión acerca de si, habiéndose hurtado o robado la cosa, ella hubiese perecido o no en poder del acreedor, porque en tal caso el ladrón es obligado al pago del precio de la cosa³⁴, doctrina que recoge el *Code* en el inciso 4º del artículo 1302. Es decir, queda vedado al ladrón alegar que la cosa habría perecido igualmente en poder del acreedor, por lo que la pérdida de la cosa lo obliga al pago del precio de ésta. Nuevamente, para fundar su afirmación, Pothier cita fuentes romanas, a saber: *l. fin. ff. de cond. furt.*; *l. 19 ff. de vi et vi arm.* Es decir, se trata de las mismas fuentes que cita Bello, con la corrección que hemos hecho al número “40” del título *De condictio furtiva*, y que en Pothier aparece correctamente citado como “l. fin.”, es decir, el último pasaje de ese título. Digamos, adicionalmente, que Pothier cierra la cita de fuentes romanas con la siguiente frase: “*quod ita receptum odio furti et violentiae*”, o sea, “*que así es recibido el odio al hurto y a la violencia*”³⁵.

En suma, existe un denominador común entre Pothier, el *Code* y el CCCh: la recepción dogmática de la posibilidad del demandado de que la cosa habría perecido igualmente en poder del acreedor (*exceptio*). Sin embargo, no ocurre lo mismo con la *duplicatio*, ya que aunque esta posibilidad es prevista por Pothier, ella no es recogida en el *Code*, pero sí lo es en el CCCh, incluidas algunas fuentes romanas citadas por Pothier y reiteradas por Bello, en apoyo de ella.

A su turno, la situación de la pérdida de la cosa en poder del ladrón, aunque es tratada en las tres fuentes, muestra importantes diferencias, como se aprecia en la siguiente comparación:

³⁴ POTHIER, cit., p. 132: “*On n’entre point dans la discussion de savoir si la chose seroit périe également chez le créancier, a l’égard de la restitution des choses dues par ceux qui les ont volées ou ravies: ils sont tenu indistinctement du prix de la chose lorsqu’elle est périe entre leurs mains; l. fin. ff. de cond. furt.; l. 19 ff. de vi et vi arm. Quod ita receptum odio furti et violentiae*”. Traducción del autor.

³⁵ La noción de *odium furum* aparece en *Instituciones de Justiniano* 4, 6, 14, proveniente a su vez del Comentario 4 las *Instituciones* de Gayo. Se expresa en ambas fuentes (sólo la primera de las cuales pudo tener a la vista Pothier), que a causa del odio a los ladrones (*odium furorum*), se había concedido al dueño de la cosa hurtada, además de la *actio furti* y de la *rei vindicatio*, una tercera acción, a saber, la *condictio furtiva*. El fortalecimiento, por consiguiente, de la posición del dueño tendría por base e impulso el reproche moral a los ladrones. Sin embargo, D’ORS, A. «The *odium furum* of Gaius 4, 4», en *Revue Internationale de Droits de l’Antiquité* XII (1965), p. 462, ha creído ver aquí un mito, porque, a su juicio, también en el hurto se dan los requisitos para la concesión de una *condictio*, de modo que bien habrían podido invocarse razones técnicas y no el simple sentimiento de odio hacia los ladrones, que podría también haber concurrido, aunque sin una importancia así de decisiva.



Pothier	<i>Code</i> (art. 1302 inc. 4°)	CCCh (art. 1676)
<p>No entramos en la discusión de saber si la cosa habría perecido igualmente en poder del acreedor, en relación con la restitución de las cosas debidas por aquellos que las han hurtado o robado: ellos son obligados, indistintamente al precio de la cosa cuando ella ha perecido en sus manos³⁶.</p>	<p>De cualquier modo que la cosa hurtada haya perecido o se haya perdido, su pérdida no exime a aquél que la sustrajo de la restitución del precio</p>	<p>Al que ha hurtado o robado un cuerpo cierto, no le será permitido alegar que la cosa ha perecido por caso fortuito, aun de aquellos que habrían producido la destrucción o pérdida del cuerpo cierto en poder del acreedor.</p>

Como se aprecia, Pothier y el *Code* están contestes en que el ladrón queda obligado, si la cosa perece en su poder, a restituir el precio. La referencia que hace Pothier a la posibilidad —que rechaza— de alegar la *exceptio* por parte del ladrón, no la reitera el *Code*, pero sí el CCCh, aunque con importantes cambios de redacción; ésta acusa, a mi juicio, una importante diferencia en el objetivo que cada uno se traza: mientras Pothier parece estar más interesados en la cuantía de la condena, el CCCh parece estarlo más en la claridad de la prohibición; de hecho, no hay mención alguna a la cuantía y, como ya hemos visto, ésta sólo se deduce de una interpretación armónica entre este precepto y el artículo 1672. Sobre este punto, la influencia de Pothier, siendo más importante incluso que la del *Code*, no habría sido decisiva en la orientación que Bello quiso dar al artículo 1676.

Sin embargo, un examen de fuentes francesas que Bello haya tenido a la vista no estaría completo sin una pesquisa en torno a la obra de Delvincourt.

7. DELVINCOURT

Claude-Etienne Delvincourt es uno de los primeros y más importantes comentaristas del *Code*, a través de su *Cours de Code civil*³⁷. En principio, su comentario al artículo 1302 se limita a realizar una

³⁶ Traducción del autor.

³⁷ DELVINCOURT, C.-E., *Cours de Code civil*, t. II, Delestre-Boulage, Paris 1824.

paráfrasis de la disposición. Su argumentación desarrolla las hipótesis conforme a la cual el deudor ha de responder por la pérdida de la cosa, a pesar de la ocurrencia de un caso fortuito:

“Esta disposición se aplica incluso cuando la pérdida de la cosa se ha producido por caso fortuito cuando el deudor se ha obligado a asumirlo por la convención, o cuando el caso fortuito ha ocurrido por su culpa o, finalmente, cuando ha incurrido en mora antes de su ocurrencia, salvo, en este último caso, que pueda probar que la cosa habría perecido igualmente en poder del acreedor si ella le hubiese sido entregada”³⁸.

Más adelante, en la nota que dedica al comentario hecho en la p. 180, Delvincourt expresa lo siguiente: *“En este caso, la mora del deudor no ha ocasionado perjuicio alguno al acreedor”³⁹*. La razón de que, al perecer la cosa en poder del deudor, no se causaría perjuicio alguno al acreedor, estaba ya en Pothier, como hemos visto, de modo que las razones expuestas por éste para eximir de responsabilidad al deudor y, con ello, fundar la *exceptio*, conservarían su vigencia en Delvincourt.

Con todo, Delvincourt, no obstante carecer de apoyo textual en el *Code*, volverá sobre la hipótesis de la *duplicatio*, la que opondrá a la *exceptio*, sí recogida en él: *“Pero se debe tener presente que, en tanto que pueda presumirse que la cosa no habría perecido en las manos del acreedor, el deudor responde; por ejemplo, si se puede, según las circunstancias, suponer que el acreedor la habría vendido antes de que pereciese”⁴⁰*, y cita a continuación, en refuerzo de su afirmación, el siguiente texto del Digesto: *“l. 15, § 3 ff. de Rei Vindicat.”*, (= D. 6, 1, 15, 3). Como ya hemos visto, esta hipótesis la recoge también Bello en la segunda parte del inciso 2º CCCh, frase final. Luego, hay una cadena argumental en torno a la *duplicatio* que va de Pothier a Delvincourt y que llega hasta Bello.

¿Quién influye más en Bello?, ¿Pothier o Delvincourt? Examinemos sus redacciones:

³⁸ DELVINCOURT, cit., p. 180: *“Cette disposition a lieu, même lorsque la perte de la chose est arrivée par cas fortuit, quand le débiteur s’en chargé para la convention, ou lorsqu’il y a eu, de sa part, une faute que a donné lieu au cas fortuit, ou enfin lorsqu’il a été mis en demeure avant l’accident, à moins, dans ce dernier cas, qu’il ne puisse prouver que la chose seroit également périée chez le créancier; si elle lui eût été livrée”*. Traducción y énfasis del autor.

³⁹ DELVINCOURT, cit., p. 587: *“Dans ce cas, la demeure du débiteur n’a causé aucun préjudice au créancier. pour peu qu’il soit présumable que la chose n’eût pas péri entre les mains du créancier; le débiteur est tenu ; puta, si l’on peut d’a pres les circonstances, supposer que le créancier l’eût vendue avant la perte”*. Traducción del autor.

⁴⁰ DELVINCOURT, cit., p. 587: *“Mais il fait bien prendre garde que, pour peu qu’il soit présumable que la chose n’eût pas péri entre les mains du créancier, le débiteur est tenu ; puta, si l’on peut d’après les circonstances, supposer que le créancier l’eût vendue avant la perte (L.15, § 3, ff. de Rei Vindicat.”*. Traducción del autor.



Pothier	Delvincourt	Código civil (art. 1672 inc. 2°)
Podemos presumir fácilmente que la cosa no habría perecido igualmente en poder del acreedor si éste fuese un comerciante que la habría adquirido para venderla ⁴¹ .	Pero se debe tener presente que, en tanto que pueda presumirse que la cosa no habría perecido en las manos del acreedor, el deudor responde; por ejemplo, si se puede, según las circunstancias, suponer que el acreedor la habría vendido antes de que pereciese ⁴² ,	Pero si el caso fortuito pudo no haber sucedido igualmente en poder del acreedor, se debe el precio de la cosa y los perjuicios de la mora.

Por lo pronto, resulta claro que la argumentación de la *duplicatio* que alega Delvincourt, reconoce un antecedente en Pothier, al que sigue en cada una de las ideas: en ambos autores se trata de una presunción (“*podemos presumir fácilmente*” [Pothier], “*en tanto que pueda presumirse*” [Delvincourt]); ambos argumentos expresan con claridad situaciones puramente hipotéticas (“la cosa no habría perecido igualmente en poder del acreedor” [Pothier], “*la cosa no habría perecido en las manos del acreedor*” [Delvincourt]); finalmente, en ambos casos el argumento remite a un comerciante: “*si éste fuese un comerciante que la habría adquirido para revenderla*” [Pothier]; “*si se puede, según las circunstancias, suponer que el acreedor la habría vendido antes de que pereciese*” [Delvincourt]). A ello debemos sumar la coincidencia en una de las fuentes citadas por ambos juristas, a saber, “1. 15, § fin. *de reivindicat.*”. Bello, en cambio, omite toda referencia a una presunción; la frase “igualmente en poder del acreedor” bien podría ser la traducción que hace Bello del texto de Pothier, pero, a diferencia de ambas fuentes, elimina toda referencia a la reventa de la cosa, o a la calidad de comerciante del acreedor.

A mi juicio, ambos juristas influyen en la decisión de Bello, pero de distinto modo. Delvincourt parece ser el autor que decide a Bello a incorporar la *duplicatio*. Es probable que Bello haya observado que aunque ella no estaba prevista en el *Code*, resultó introducida por Delvincourt la por la vía de la interpretación. De ahí que pudo parecerle mejor que la redacción del artículo 1672 la acogiera y no esperar la labor de los intérpretes. Pothier, por otro lado, proporciona a Bello un elenco más amplio de

⁴¹ Para el texto en francés, véase la n. 34.

⁴² DELVINCOURT, cit., p. 587.

fuentes romanas que Delvincourt, aunque ambos coinciden en una, a saber, “*l. 15, § final, De rei vindic.*”. Como hemos visto, de las cuatro citadas por Pothier es citada por ambos autores, tres sirven de fundamento a la *duplicatio*, en tanto que dos de ellas, precisamente las citadas por Bello, se hacen cargo de las hipótesis de reventa por parte del acreedor, lo que sugiere que para Bello, la *duplicatio* se restringía a esas hipótesis, aunque la norma no lo recoja así.

La situación del ladrón y de la prohibición de invocar la *exceptio* la influencia de Delvincourt es menor, no obstante lo cual es conveniente detenerse. Nuestro autor, en la parte principal del comentario sobre el artículo 1302 inciso 4º que “*las distinciones establecidas en la presente sección no pueden ser invocadas por el ladrón: de cualquier manera que la cosa hurtada haya perecido, él queda obligado a restituir el precio*”⁴³. Más adelante, en la sección *Notes et explications*⁴⁴, sostiene, a propósito de la frase final citada (que es, prácticamente, una cita literal del precepto), agrega: “*incluso para el caso fortuito, y esto por odium furum*”.

Delvincourt, por consiguiente, no desarrolla particularmente el supuesto de la prohibición al ladrón de invocar la *exceptio*, y se limita a indicar que ella se extiende al caso fortuito. Sin embargo, el remate de esta frase, con la invocación del *odium furum* importa la recepción del mismo fundamento que invocaba Pothier, es decir, el odio a los ladrones (aunque Pothier habla del odio del hurto y de la violencia). Bello, en cambio, no hace mención a esta idea. La influencia de Delvincourt, por consiguiente, es débil.

Sin embargo, que tanto Pothier como Delvincourt reiteren la idea del *odium furum* conecta la prohibición, comoquiera que ella se exprese, con una doctrina que, en las *Instituciones* de Justiniano como en las de Gayo (*Inst. 4, 4*), está vinculada a la *condictio*. En estas fuentes romanas, uno de los contextos en que se habla de *odium furum* es en relación con la concesión de la *condictio* al propietario que ha sufrido la pérdida de la cosa. Conforme a la información de tales fuentes, la *condictio* se suma a la *rei vindicatio* y a la *actio furti*, de modo de fortalecer la posición del dueño ante el ladrón. El que tanto Pothier como Delvincourt insistan en el *odium furum* a propósito de la situación de la pérdida de la cosa en manos del ladrón, puede leerse, a la luz de las fuentes romanas, en un específico sentido: que el contexto en que se impide o prohíbe al ladrón invocar el caso fortuito cuando la cosa ha perecido en su

⁴³ DELVINCOURT, cit., p. 180.

⁴⁴ DELVINCOURT, cit., p. 588.



poder, no es otro que el del ejercicio de la *condictio*, ya que la *rei vindicatio* se ha hecho imposible por la pérdida de la cosa. En otras palabras, tanto el *Code* como el CCCh habrían recogido en sus respectivos artículos un supuesto de ejercicio, muy limitado si se quiere, de la *condictio*, acción que, en razón de estos preceptos, sobreviviría en ambos códigos.

8. CONCLUSIONES

a) Desde una perspectiva histórico-dogmática, las evidencias señalan que ciertas hipótesis de causalidad hipotética relacionadas con la pérdida de la cosa tienen un origen romano, pero no llegaron a Bello sino a través de Pothier. La lectura de este autor, así como la del *Code*, permitió a Bello disponer de fundamentos dogmáticos de la tradición jurídica de cuño romano para las soluciones previstas en el Código. El contraste con las fuentes francesas y romanas confiere la posibilidad de una interpretación no sólo armónica de los artículos 1672 y 1676, sino además, la comprensión de su sentido y alcance.

b) La incorporación de las reglas *exceptio* y *duplicatio* revelan, mediante el examen de las fuentes, un fundamento dogmático preciso que es funcional, a la vez, al concepto de caso fortuito: la *exceptio* tiene como función asignar al acreedor el perjuicio derivado de un caso fortuito respecto de cuyo acaecimiento la mora o la culpa no jugarían papel alguno. A su turno, la regla de la *duplicatio* tiene por función hacer soportar al deudor las consecuencias de su mora o culpa, ahí donde es de suponer que sin ellas el perjuicio no se habría producido. La idea de perjuicio, su evitabilidad o inevitabilidad, es la que domina el juego de ambas reglas.

c) Desde una perspectiva heurística, parece claro que las funciones que están llamadas a cumplir las notas de Bello al Proyecto de 1853 son varias y no es posible extraer, de su sola lectura en dicho proyecto, el objetivo perseguido por Bello al momento de su redacción. Tal función sólo se hace visible al calor del cotejo con otras fuentes.