

# Explicación histórica de la ausencia del testamento en tiempo de contagio en el Código Civil chileno de 1855

Historical explication of the absence  
of the Testament in Case of Epidemic in the Chilean Civil Code of 1855

Loris de Nardi  
Investigador Marie Curie  
Instituto Cultura y Sociedad, Universidad de Navarra-España

## Resumen

El Código Civil chileno no incluye el “testamento en caso de epidemia” entre los testamentos privilegiados. En un principio, Andrés Bello fue partidario de introducir esta tipología testamentaria en el ordenamiento jurídico chileno, como lo muestran los proyectos de 1841-45 y 1851, pero convencido de que no podía garantizar la libertad del testador, no la insertó en el Proyecto de 1853, como tampoco en el texto definitivo promulgado en 1855. El presente ensayo quiere proponer que en esta decisión de Andrés Bello no solo influyeron consideraciones de carácter legal, sino también su baja percepción de riesgo epidémico, debido a su total confianza en la ciencia médica, en general, y en la eficacia de la vacuna de la viruela, en particular. De hecho, después de proporcionar una breve panorámica histórica del testamento en tiempos de contagio, el presente texto intentará demostrar que el desempeño de Andrés Bello como publicista médico lo llevó a traducir varios artículos sobre diferentes temáticas relacionadas con la medicina y la higiene, y también a desarrollar la idea que la ciencia médica estaba encaminada a erradicar las enfermedades infecciosas, convirtiendo de esta manera el testamento en tiempo de contagio en una herramienta jurídica obsoleta e injustificada.

**Palabras clave:** Testamento en caso de epidemia, Código Civil chileno, Andrés Bello, Vacunación, Confianza en las Ciencias Médicas.

## Abstract

The Chilean Civil Code does not include the “Testament in Case of Epidemic” among the special testaments. At first, Andrés Bello was in favor of introducing this testamentary typology in the Chilean legal system, as shown by the Civil Code projects of 1841-45 and 1851 but convinced that could not guarantee the freedom of the testator, he did not insert it in the project of 1853 project, nor in the definitive Civil Code, promulgated in 1855. This article wants to propose that this decision by Andrés Bello was influenced not only by legal considerations, but also by his low perception of epidemic risk, due to his total confidence

in medical science, in general, and in particular due to the efficacy of smallpox's vaccine. In fact, after providing a brief historical overview of the Testament in Case of Epidemic, the article will try to show that Andrés Bello's works as a medical publicist led him to translate several articles on different topics related to medicine and hygiene, and to develop the idea that medical science was aimed at eradicating infectious diseases from the world, thus turning the Testament in Case of Epidemic into an obsolete and unjustified legal tool.

**Key words:** Testament in Case of Epidemic, Chilean Civil Code, Andrés Bello, Vaccination, Trust in Medical Science.

**Recibido:** 28 de octubre 2021 · **Aceptado:** 04 de enero 2022

## 1. Introducción

El Código Civil chileno no incluye el testamento en caso de epidemia, o peste, entre los testamentos privilegiados. En un principio, Andrés Bello fue partidario de introducir esta tipología testamentaria en el ordenamiento jurídico chileno, como lo muestran los proyectos de 1841-45 y 1851, pero convencido de que no podía garantizar la libertad del testador, no la insertó en el Proyecto de 1853, como ni siquiera en el texto definitivo promulgado en 1855. Una decisión bastante singular, si tenemos en cuenta que por costumbre durante la época moderna en los territorios indios se solía permitir hacer un testamento ante dos testigos, y no cinco, como exigían las leyes de Partidas (6.1.6) y el Ordenamiento de Alcalá (Ley 1, Título 19); y que casi todos los códigos civiles consultados por Andrés Bello al momento de redactar el código chileno contemplaban esta tipología testamentaria privilegiada.

Dadas estas premisas, el presente ensayo quiere proponer que en esta decisión de Andrés Bello

no solo influyeron consideraciones de carácter legal, sino también su baja percepción de riesgo epidémico, debido a su total confianza en la ciencia médica, en general, y en la eficacia de la vacuna contra la viruela, en particular. De hecho, como se señalará en las próximas líneas, después de proporcionar una breve panorámica histórica del testamento en tiempo de contagio, Andrés Bello desde muy joven demostró mucho interés por la medicina, al punto de querer dedicarse a su ejercicio, aunque no pudiendo hacerlo, lo que motivó la decisión de desempeñarse como publicista médico. Esta actividad lo llevó a traducir varios artículos sobre diferentes temáticas relacionadas con la medicina y la higiene, y a desarrollar la idea que la ciencia médica estaba encaminada a erradicar las enfermedades infecciosas, convirtiendo, de esta manera, al testamento en tiempo de contagio, en una herramienta jurídica obsoleta e injustificada.

## 2. Breve panorámica histórica del testamento en tiempo de contagio

Para comprender la importancia reconocida al testamento por la sociedad burguesa decimonónica, es necesario entender la centralidad que en la cultura de la época se atribuía tanto al derecho de propiedad como al estatus de propietario: una propiedad que ya no era, o más bien no se quería, colectiva y desmembrada, como durante la época medieval y moderna, y un propietario que, por lo menos en teoría, podía ejercer “un derecho de propiedad de contenido ilimitado o absoluto, que chocaba derechamente con la realidad de un dominio desmembrado y su correspondiente tradición doctrinal” (Cordero Quinzacara, y Aldunate Lizana, 2008).<sup>1</sup> Un cambio radical debido a una renovada sensibilidad cultural: la Ilustración había individualizado en el progreso la vía maestra para conseguir la felicidad del género humano, mientras que la doctrina liberal, su heredera, había terminado por identificar la “felicidad con la propiedad”, por considerar la primera no tanto como un estado de ánimo, sino como “la situación del individuo que tiene los medios de satisfacer sus necesidades” (Alcaide González, 1999: 112-113). Mario Bedera Bravo, en su artículo *La propiedad privada como elaboración del liberalismo burgués. Su proceso de positivación*, explica muy bien el punto: si bien la “propiedad privada en sentido técnico-jurídico solo cuajó como categoría tras la Revolución francesa”, su definición se debió a un proceso de maduración ideológica que puede remontarse al individualismo de John Locke y su concepción de los derechos naturales fundamentales (Bedera Bravo, 1990: 268). Para Locke, el Estado tenía como única función garantizar la ley de libertad, y esto se habría podido obtener únicamente gracias a la división de los poderes y a la propiedad, a la cual se habría podido acceder

a través de la libertad y del trabajo (Bedera Bravo, 1990: 269). De manera que la principal misión del Estado habría debido ser la de “velar por el bienestar general de los individuos que forman la comunidad y, especialmente, por su propiedad” (Bedera Bravo, 1990: 269). Es decir, ya en el pensamiento de Locke se instauró una conexión política y moral entre la propiedad y la libertad liberal, que será muy bien reasumida por Lord Acton en su *Historia de la Libertad*, al decir: un pueblo contrario a la institución de la propiedad privada carece del primer elemento de la libertad (Lassalle Ruiz, y Tornel García, 2019). Sucesivamente, los fisiócratas franceses retomaron y desarrollaron aún más esta idea: el fundador de esta escuela, François Quesnay, en su *Ensayo físico sobre la economía animal*, publicados en 1747, escribió que “el derecho natural es el derecho de gozar de la vida y ejercer sus facultades, pero también es el derecho de propiedad cuya visión es imprescindible para la conservación de la vida humana” (Bedera Bravo, 1990: 269); en 1765, en otro estudio sobre el derecho natural (*Le droit naturel*), relacionó la propiedad directamente con el trabajo; y en su formulación del orden natural certificó la importancia de la ley, sosteniendo que “la ley tiene por finalidad aumentar la felicidad del hombre, ésta se basa en el bienestar y en la riqueza por lo que la ley debe permitir el incremento de la riqueza por medio del trabajo” (Bedera Bravo, 1990: 269). Dicha propiedad ya no se entendía como colectiva sino privada, es decir, exclusiva del individuo, pues, como notó otro fisiócrata, Mercier de la Rivière: “es ley de la naturaleza que cada hombre tenga la propiedad exclusiva de su persona y de las cosas adquiridas por sus esfuerzos y trabajos. Y digo exclusiva porque si no fuera, no sería un

derecho de propiedad” (Bedera Bravo, 1990: 269). En fin, el nuevo orden burgués recurrió al constitucionalismo y a la codificación para sancionar el concepto de propiedad privada normativamente como “derecho natural, exclusivo, individual, transmisible (inter vivos y con preferencia mortis causa), especialmente garantizado por el estado” (Bedera Bravo, 1990: 270); pues, como lo ha explicado Pio Caroni,

Políticamente, las constituciones aspiraban a organizar un Estado basado en la soberanía popular. En el plano social, pretendían fijar todas las premisas que debían permitir (o facilitar) el advenimiento y la organización de la sociedad burguesa. Los derechos fundamentales que todas estas constituciones reconocían servían para la realización de este doble fin. Para instituir la democracia liberal concedían derechos políticos, como la libertad de prensa, de expresión, de reunión y de petición. Para estructurar el nuevo derecho privado de la sociedad burguesa promovían primero la abolición (o el rescate) de las cargas feudales y garantizaban además la igualdad de los ciudadanos ante la ley, la libertad de industria y de comercio y la propiedad privada. Al fijar estos derechos, la constitución en realidad prefiguraba las estructuras de la sociedad, de una sociedad que, si quería ser fiel a la constitución, debía ser necesariamente liberal e igualitaria, y por ello se basaba en la autonomía privada, en la libertad contractual y en la propiedad privada. Y la constitución dejaba luego al futuro código la tarea de regular el detalle, emitiendo reglas que tenían por ello

un carácter fundamentalmente ejecutivo. Debían colmar así los espacios definidos (pero no ocupados) por el proyecto diseñado por los derechos fundamentales. (Caroni, 2013: 64).

Se entiende entonces que la reglamentación del testamento asumió un papel fundamental, como lo ha observado Manuel Lorenzo Virruel, en 1836, en la introducción de la tercera parte de su Proyecto del Código Civil peruano, dedicada a la regularización de las últimas voluntades: el individuo no habría podido decirse verdadero propietario de sus bienes, si no pudiera disponer libremente de ellos para después de su muerte (Vidaurre, 1836: IV); aún más considerando que por no coincidir el dominio social con el natural, únicamente respetando las solemnidades testamentarias establecidas por las leyes, el testador habría podido asegurar el efecto de su voluntad, o, mejor dicho, habría podido estar seguro que se ejecutaría su verdadera voluntad (Vidaurre, 1836: IV). Dicho de otra manera, “la observancia de las formas en derecho se consideró garantía de la seguridad jurídica” y esto determinó “la inquietud por el cumplimiento de ciertos requisitos para testar conforme a derecho”, aún más con relación “al acto de disposición del entero patrimonio de una persona mortis causa”, pues “se consideraba de suma trascendencia en el tráfico jurídico dada la gravedad del cambio de situación patrimonial con respecto al causante y a sus causahabientes” (Blanch Nougués, 2020: 21).

Por supuesto, la sociedad decimonónica no reinventó la sucesión testamentada: al momento de redactar los códigos terminó por recoger “el

derecho tradicional por el que se había regido un determinado pueblo a lo largo de su historia, y ello sin perjuicio de dar acogida a nuevas instituciones tomadas de otros ordenamientos” (Rodríguez Ennes, 2006: 715-716), sobre todo cuando estas resultaban congeniales a reglamentar aspectos no considerados por las antiguas leyes, y/o a formalizar costumbres asentadas en los respectivos territorios. Ello lo demuestra muy bien el tratamiento reservado por la codificación decimonónica de habla hispana al testamento en tiempo de contagio o peste: una forma de testar, desarrollada a partir del derecho romano.

El derecho romano recogió diferentes testamentos llamados especiales o extraordinarios, porque se diferenciaban de las formas habituales de testar en alguna de sus solemnidades. Entre ellos destacaron: el testamento del ciego, el del analfabeto, el testamento militar, el *ruri conditum*, el celebrado en tiempo de contagio, el del padre entre los hijos, y, por último, el realizado en favor de la iglesia o *ad pias causas*. En particular, el testamento en tiempos de contagio fue introducido por Diocleciano en su constitución del año 290 d.C. (C.6.23.8, reproducida en un sentido parecido en Bas.35.2.7). El texto de C.6.23.8 dice lo siguiente:

Por razón de fuerza mayor y de repentina contingencia se ha suavizado algo del derecho por el temor de contagio, que aterra a los testigos, pero no se ha suprimido por completo el resto de las solemnidades. Así pues, sometido el testador por tal enfermedad, se ha eximido a los testigos de aproximarse y agruparse en esa situación, sin que

se haya suprimido el requisito del número de aquellos que deban reunirse.<sup>2</sup>

Como subraya Santiago Castán, en el *rescriptum diocleciano* no aparece mencionada la peste, sino que el emperador habla de un “acontecimiento extraordinario de fuerza mayor en el que haya peligro de contagio, circunstancia que influía en los testigos que debían participar en el acto testamentario, pues ante el temor de contagiarse evitarían estar próximos al testador afectado” (Castán, 2021: 425). Sin embargo, el hecho que el emperador “alude a una enfermedad contagiosa, hace pensar que esta tiene que ser la peste, tanto por la época en que es promulgada la ley como por los particulares y letales efectos de esta enfermedad” (Castán, 2021: 425). De hecho, es necesario considerar que entre los años 249 y 270 d.C. una epidemia, conocida con el nombre de Peste de Cipriano, había azotado duramente la cuenca del Mediterráneo, expandiéndose hasta ciudades como Roma, Alessandria y Cartago, y determinando la muerte del 60% de los habitantes de las principales ciudades romanas, y del 15 o 20% de la población total del imperio (Sáez Geoffroy, y Parra Díaz, 2020). Así que, como fuese recordado por Juan Manuel Blanch Nougues, todo hace presumir que fue el recuerdo de esta última epidemia de peste a convencer al legislador de la oportunidad de dar “vida al denominado testamento en caso de epidemia” (Blanch Nougues, 2020: 24); aún más, si se considera que las demás infecciones que en aquellos mismos años amenazaban al imperio, entre ellas la malaria o el cólera, tenían un mucho más bajo grado de contagiosidad e índice de mortalidad (Castán, 2021: 426). Además, como recuerda Santiago Castán, esta hipótesis parecería

confirmada también por otra constatación: “si el privilegio testamentario de C.6.23.8 hubiese servido para cualquier otra enfermedad contagiosa, es más que probable que tuviésemos más referencias al respecto, tanto jurisprudenciales como literarias, puesto que se habría convertido en una forma testamentaria muy utilizada” (Castán, 2021: 426). Es plausible afirmar entonces que se constata la extrema contagiosidad de la peste, puesto que Diocleciano permitió en caso de epidemia “el otorgamiento de testamento sin la estricta observancia del requisito de la *unitas actus*; es decir, dispensó a los testigos de que se reunieran todos juntos en presencia del testador”; y es importante subrayar que no era necesario que el testador estuviese infectado al momento de realizar el testamento, simplemente habría sido suficiente con que en el lugar existiese la epidemia; pues “parece natural pensar que a un enfermo de peste le sería harto complicado convencer y reunir a los testigos reglamentarios para que el acto testamentario tuviera validez” (Castán, 2021: 427-428).

Desde el derecho romano esta forma testamentaria pasó al derecho común, y mientras en algunas áreas su disciplina se quedó conforme al dictado romano, es decir, permitía que los siete testigos de turno escucharan en momentos distintos las últimas voluntades del testador, en otras llegó a significar un número menor de testigos. La primera modalidad se encontraba, por ejemplo, en el fuero catalán y en el de Valencia. En este último, solo para explicar un poco más el asunto, los testamentos especiales o extraordinarios romanos no se regulaban, a excepción de algunas normas indirectas relativas al testamento militar, pero el

romanismo latente en la Edad Moderna mantuvo viva su vigencia entre los autores, que solían referirse a ellos como testamentos privilegiados, por poseer un menor rigor formal (Marzal Rodríguez, 1998: 141). De esta manera, se mantenían las formalidades y número de testigos del testamento ordinario, pero se dispensaba la unidad de acto al permitir que los testigos, con objeto de evitar el contagio, no presenciaran la declaración de voluntad simultáneamente (Marzal Rodríguez, 1998: 142).

El recurso a la segunda modalidad en cambio, es decir, la que durante una epidemia permitía testar frente a un número menor de testigos, pudo rastrearse en los antiguos estados italianos, por mencionarse en distintos textos jurídicos y tratados<sup>3</sup>; en Bavaria, por estar disciplinada por el Protocódigo de 1756<sup>4</sup>; en Prusia, por ser reglamentada por el Código Prusiano de 1794<sup>5</sup>; en Francia, por haber sido disciplinada durante el reinado de Luis IV y sucesivamente haberse incorporado en el Código Napoleón de 1805<sup>6</sup>; en Austria, por estar sancionado por el Código General Austriaco de 1811, que cabe recordar fue fruto de un largo proceso de elaboración que se activó a mitad del siglo XVIII con el objetivo de unificar los diversos derechos regionales, los *Landrechte* del imperio de Austria (Ferrante, 2013: 31-32)<sup>7</sup>; en el derecho foral navarro, por estar disciplinado por la *Novísima Recopilación del Reino de Navarra*<sup>8</sup>; y en los territorios de la Corona de Castilla, tanto peninsulares como indianos, como sugieren varios elementos que se examinarán enseguida. De hecho, si bien esta tipología testamentaria privilegiada resultó siempre formalmente ajena a la legislación castellana<sup>9</sup>, muchos elementos sugieren que, por tener

un consolidado sitio en la tradición del derecho común, llegó a desempeñar un papel significativo tanto en la costumbre como en la praxis jurídica de estos territorios (Barrientos Grandón, 2020). Entre ellos, el hecho que Pedro Murillo Velarde en su *Curso de Derecho Canónico Hispano e Indiano* afirme: “cuando por tiempo de peste, por miedo al contagio, sea difícil en esta circunstancia reunir a todos los testigos simultáneamente, no queda relajado el derecho común en el número de testigos, sino que ya por la costumbre bastan dos o tres testigos” (1743/2004: Libro III, Título XXVI *De los testamentos y últimas voluntades*, 238)<sup>10</sup>; las principales obras jurídicas castellanas e indianas de los siglos XVI-XIX demuestran que recurrir a esta forma testamentaria no debió ser insólito, ya que los principales autores sintieron la necesidad de aclarar en sus obras que las leyes no admitían que durante una epidemia se pudiera testar frente a un número menor de testigos<sup>11</sup>; varios códigos o proyectos de códigos promulgados en ámbito hispánico, tanto anteriores como posteriores al chileno incorporaron esta forma testamentaria privilegiada<sup>12</sup>.

### 3. Andrés Bello y el testamento en tiempo de contagio

Con respecto a este último punto, como ya se adelantó, el Código Civil chileno de 1855 representó una excepción. En un primer momento, Andrés Bello se demostró propenso a introducir el testamento en tiempo de contagio en el ordenamiento chileno, como demuestran el proyecto de 1841-45<sup>13</sup> y el de 1851<sup>14</sup>, pero solo con el Proyecto de 1853 decidió no hacerlo, y dicho cambio confluyó en la

versión del Código Civil que terminó promulgada en 1855. Esto, a pesar de que

1. el testamento en tiempo de peste no era completamente ajeno a la tradición castellana e indiana, y por lo tanto chilena, por tener un consolidado sitio en la tradición del derecho común;
2. la casi totalidad de los códigos consultados por Andrés Bello para redactar el Código Civil<sup>15</sup>, como también el Proyecto de Goyena<sup>16</sup> y el Código peruano de 1851<sup>17</sup>, que seguro llegó a revisar (Guzmán Brito, 2006: 1291), contemplaban el testamento en tiempo de peste entre las formas testamentarias privilegiada.

Por lo tanto, la pregunta que surge es: ¿por qué Bello decidió al final no incluir en el Código el testamento en tiempo de contagio?

En parte, el mismo Bello responde a tal pregunta con una nota puesta al último de los artículos del “§ 4. De los testamentos privilegiados” del Proyecto impreso en 1853 (Art. 1211), la cual relataba: “No se ha dado lugar al testamento menos solemne otorgado en país afligido por una epidemia contagiosa. Las razones para esta omisión pueden verse en Luis Blanc. *Historia de los diez años*, vol. 3, páj. 277”.

En el volumen III de la versión francés de la obra *Revolución Francés. Historia de los Diez Años. 1830-1840*, Luis Blanc dedicó buena parte del capítulo V a tratar la epidemia de “cólera-morbo” que había azotado París en 1832. La descripción de la

epidemia permitió a Blanc denunciar que algunos ciudadanos, “dominados por la codicia, cuyo veneno se mezcla a los afectos de familia bajo el imperio de la ley hereditaria”, habían aprovechado de la emergencia, para alargar “la mano para alcanzar una fortuna por la cual suspiraban tiempo hacia” (Blanc, 1844/1846: vol. IV, 52). Más específico, Blanc escribió en su ópera: “por cosa cierta se da que, merced a la analogía que existe entre los síntomas del envenenamiento y los del cólera, se cometió en aquellos días más de un crimen, cuyo horror no podía sino perderse en la inmensidad de tal desastre” (Blanc, 1844/1846: vol. IV, 53).

Como lo ha subrayado Javier Barrientos Grandon, esta descripción debió impresionar a Bello a tal punto de convencerlo de eliminar el testamento otorgado en tiempo de contagio, ya que, si bien Blanc no lo decía expresamente, describiendo cómo algunos ciudadanos franceses se habían aprovechado de la enfermedad para envenenar a sus seres queridos, con el solo fin de sucederles antes de tiempo, ponía en evidencia que la “existencia de este género de testamento podía ampliar el campo para la acción de la miseria humana”; y, utilizando nuevamente las palabras del historiador chileno, “nada podía concebirse más opuesto a la creencia de Bello, según la cual sobre «la dicha y el sosiego de las familias» ningún ramo de la legislación «ejerce un influjo más directo y trascendental [...] que las leyes que reglan la materia de sucesiones»” (Barrientos Grandón, 2020).

A lo dicho anteriormente, empero, hay que añadir un segundo elemento, que hasta la fecha no ha sido considerado, aunque podría contribuir a explicar ulteriormente el punto: ¿podría ser

que la muy baja percepción del riesgo epidémico propia de Bello, derivada de sus conocimientos médicos, y del optimismo hacia el progreso propio de su tiempo, lo llevó a pensar que esta forma testamentaria no solo vulneraba los derechos del testador, sino que ya pudiera considerarse obsoleta y, por lo tanto, innecesaria?

Andrés Bello “desde muy joven quiso dedicarse a la Medicina, pero la protección del gobernador y capitán general [de Venezuela], don Manuel de Guevara Vasconcelos, desvió su actividad hacia la carrera administrativa; y a pesar de que sus propósitos habían sido malogrados, perseveró en su empeño, no obstante tener que conformarse con la lectura”, tanto que, por su conocimiento médico, en 1804 fue llamado a desempeñarse como secretario de la Junta de la vacuna de Caracas (Costa, 1956: 136).

El amor por la medicina caracterizó toda su existencia, como lo demuestra su actividad como publicista médico, que lo llevó a traducir varios artículos sobre diferentes temáticas relacionadas con la medicina y la higiene (Costa, 1956: 136). Entre ellas, la vacuna contra la viruela sobresalió por importancia, como demuestra la oda *A la vacuna*, escrita en 1806, como “acción de gracias al Rey de las Españas por la propagación de la vacuna en sus dominios” (Bello, 1883: 3-11), y otros artículos de difusión que al respecto escribió<sup>18</sup>: textos que bien demuestran su confianza en la medicina y en su progreso, y que permiten entender que con el paso de los años debió convencerse que la viruela ya no debía considerarse un morbo invencible y funesto, ya que sus estragos habrían podido contrastarse a través de la vacunación. Por

ejemplo, en la oda *A la vacuna* afirma que gracias a la expedición enviada desde España para llevar a cabo la primera vacunación contra la viruela en territorio americano

ya no teme esta tierra que el comercio entre sus ricos dones le conduzca el mayor de los males europeos; y a los bajeles extranjeros, abre con presuroso júbilo sus puertos. Ya no temen, en cambio dé sus frutos, llevar los labradores hasta el centro de sus chozas pacíficas la peste, ni el aire ciudadano les da miedo. Ya con seguridad la madre amante la tierna prole aprieta contra el pecho, sin temor que le roben las viruelas de su solicitud el caro objeto. Ya la hermosura goza el homenaje que el amor le tributa, sin recelo de que el contagio destructor, ajando sus atractivos, le arrebatase el cetro (Bello, 1883: 3-11).

Y con el pasar del tiempo, esta convicción y optimismo debió fortalecerse aún más. Lo demuestra el hecho que al momento de instalarse en la Universidad de Chile, en 1843, consideró posible que la medicina pudiera llegar a “arrancar a las epidemias el secreto de su germinación y de su actividad devastadora” (Bello, 1843); mientras que, en 1844, en la introducción de la traducción de *Extracto del Informe de la Comisión nombrada por la Academia de la Ciencias de París sobre la Vacuna*, comentó: “a presencia de un azote tan terrible [la viruela], la medicina se elevó a una altura a que no llegó jamás las medicinas de los griegos y de los romanos” (Bello, 1892: vol. XIV, 437), y refiriéndose a la vacuna afirmó que su “virtud preservativa es absoluta. La mayor parte

de los vacunados quedan libres del contagio para toda la vida” (Bello, 1892: vol. XIV, 447). Por otro lado, debe considerarse que este optimismo no estaba absolutamente fuera de lugar: si durante el siglo XVIII en la Capitanía General de Chile se registraron por lo menos 28 epidemias de viruela (Caffarena Berceñilla, 2016: 42), durante el siglo XIX las políticas de vacunaciones, la identificación precoz de los enfermos por parte de los médicos, y la puesta en aislamiento de los variolosos en hospitales específicos (los lazaretos) lograron una considerable reducción de la frecuencia de los brotes y una significativa disminución tanto de los contagios como de la tasa de mortalidad (Cruz-Coke, 1995: 244).

Claramente, durante el siglo XIX la viruela nunca desapareció por completo, pero estas políticas de higiene pública permitieron limitar drásticamente la propagación del virus en la sociedad chilena, por lo menos hasta 1872, cuando en Santiago se registró una importante epidemia, seguida cuatro años después de una segunda (Contardo, 1877: 446); y, en paralelo, reducir de manera sustancial la tasa de mortalidad, pues si en el siglo XVIII durante las epidemias de viruela solía morir en promedio el 20% de la población (Caffarena Berceñilla, 2016: 67), en ocasión de la epidemia de 1872, que como se dijo fue el primero brote significativo de toda la centuria, las defunciones sumaron apenas al 4% de la población de Santiago de Chile (Fernández Domingo, 2015: nota 12) y al 0.4% de aquella nacional<sup>19</sup>.

Se ponen así en tela de juicio aquellas investigaciones que presentan el siglo XIX chileno aún azotado duramente por este virus<sup>20</sup>. Aún más

si se considera que los datos recolectados que se ilustran en seguida demuestran que ya al final de la década de los Cuarenta, es decir cuando Andrés Bello decidió no incluir el testamento en tiempo de peste en el Código Civil, el sistema de salud chileno había logrado reducir y gestionar el riesgo epidémico relacionado con esta enfermedad. El 20 de mayo de 1848 un no mejor identificado facultativo de Santiago de Chile, cierto doctor Leyseca, escribió al Intendente de Santiago para denunciar el aumento de casos de viruela en la capital, debido, según él, a la mala calidad de la vacuna suministrada (“Despacho de la Intendencia...”, 1848). El Intendente entonces solicitó informaciones a los siguientes médicos cirujanos, que por entonces ejercían la profesión en Santiago: Guillermo C. Blest, Antonio Torres, Juan Miquel, Pedro Herz, Joaquín Noguera, Ildefonso Raventos, Guillermo M. Smyth, Pelegrín Martín, Luis Ballester, Emilio Veillon, Vicente Duer, Antonio Padin, Francisco Hod, Juan Mackenna; los cuales después de haberse reunido y confrontados negaron redondamente que los casos de viruela estuvieran aumentando, y tanto menos que la vacuna fuera menos eficaz, y sustentaron dichas afirmaciones con toda una serie de datos que demuestran la drástica disminución de los contagios como de la tasa de mortalidad (“Intendencia de Santiago...”, 1848).

Los profesores médico-cirujanos declararon que era falso que estuviera aumentando y progresando la viruela “de año en año en Santiago”, explicando que su “aserto estaba fundado en el número escasísimo de casos que se notaban en la práctica civil, i en la demostración estadística que formaron tomando las notas necesarias de los registros de los enfermos que habían entrado

en los hospitales en los diez años corrillos desde 1838 inclusive hasta 1847 i en los 5 primeros meses del presente 1848”. Además, con el fin de averiguar si durante ese periodo la viruela estuviera de verdad progresando respecto de las demás enfermedades, compararon “de año en año el número de enfermos en cada hospital con el número de variolosos que en ellos se habían asistido” (“Intendencia de Santiago...”, 1848). Estos los resultados de la pesquisa:

en los años de 1839 i 1840 ha sido la viruela mas abundante, i que desde aquella época, lejos de ir en aumento, ha sufrido una disminución considerable. Tomado el término medio dé los enfermos de viruela en toda la época referida, resulta que hai uno de éstos por cada 12 enfermos de las enfermedades comunes; i si en lo que va trascurrido de este año se nota que hai 1 sobre 10 i medio, es necesario advertir que justamente en estos meses es cuando la viruela hace mas estragos i que debe haber influido en su aumento, no la falta de vacuna, sino el retardo del invierno, o más bien, su irregularidad (Intendencia de Santiago, 1848).

Incluso, para desmentir el aumento de casos, dividieron los diez años considerados en dos quinquenios, y pudieron así demostrar que durante el primero (1838-1842) en los hospitales de toda Santiago se registraron 37.754 hospitalizaciones por enfermedades comunes y 5117 por viruela, es decir 3 cada 7 enfermos estaban contagiados por esta enfermedad. En cambio, en el segundo quinquenio (1843-1847) se reportaron 37.754 hospitalizaciones por enfermedades comunes y 2192

por viruela. Datos que demuestran una drástica reducción de los contagios, pues solo 3 cada 23 enfermos habían contraído este virus, contra los 3 cada 7 del quinquenio precedente (Intendencia de Santiago, 1848).

Los profesores no se limitaron a certificar que la viruela no estuviera progresando en Santiago, sino también que por entonces era mucho menos mortíferas que antes, pues valiéndose de los mismos datos sacados de los registros de los hospitales, pudieron concluir que “la mortalidad de los atacados de viruela había disminuido considerablemente”. De hecho, si durante el primer quinquenio la mortalidad por viruela se hallaba “en razón de 1 a 2, 8, es decir, que de 28 variolosos murieron 10, en el segundo quinquenio la razón llegó a ser de 1 a 19,5, o lo que es lo mismo, de 195 enfermos solo habían muerto 10”. Una tendencia bajista muy clara, atribuida “al beneficio de la vacuna, que, propagada convenientemente por la institución creada con este objeto, si no impide completamente la enfermedad, al menos la modifica, disminuyendo sus estragos” (Intendencia de Santiago, 1848).

Además, otro elemento que comprueba las afirmaciones de los profesionales interpelados por el Intendente es la poca atención reservada por la prensa chilena a la viruela en aquellos años; aún más si se compara con el protagonismo que se reconoció en cambio a otra amenaza: el incendio. Por ejemplo, el estudio sistemático de 2684 números publicados entre el 10 de noviembre de 1842 y el 10 de marzo de 1853 por *El Progreso*<sup>21</sup>, ha permitido averiguar que en total a la viruela fueron dedicados apenas 24 artículos, mientras

que los centrados en el incendio fueron 158; al mismo tiempo, es importante mencionar que el 87.5% de los artículos dedicados a la viruela, es decir 21, profundizaban en la vacuna y en su eficacia. También esta fuente, entonces, parece confirmar que durante la década de los cuarenta no hubo brotes de viruela en Chile, y que las políticas de higiene pública puestas en acto por las autoridades estaban efectivamente logrando una reducción sustancial de los contagios. No debe entonces extrañar que los médicos interrogados por el Intendente afirmaron que en la ciudad de Santiago “en la práctica civil eran tan pocos los casos de viruela”, que entre los diez no podían “citar cuarenta individuos atacados de la verdadera viruela en el presente año [1848]” (Intendencia de Santiago, 1848).

A lo dicho hasta aquí es necesario añadir también que, mientras Bello estaba redactando el Código Civil, la principal amenaza epidémica de aquel entonces era el cólera, sin embargo, ya desde los años Treinta era de dominio público, y aceptado por la comunidad médica, que se trataba de una enfermedad no transmisible directamente de hombre a hombre, es decir, epidémica pero no contagiosa. Así lo demuestra la decisión tomada por el gobierno francés en estos mismos años de suspender durante las epidemias de cólera el Artículo del Código Civil que disciplinaba el testamento en caso de contagio (Gilbert, 1862: 447); el *Traité de fièvres intermittentes, remittentes et continues*, publicado en 1842 por el médico Jean-Christian-Marc Boudin, que incluye al cólera entre las enfermedades llamadas *limnhémiques*, atribuida a infecciones palúdicas (Boudin, 1842: 8-9); y el tratado *Du choléra épidémique leçons*

professées á la Faculté de Médecine de Paris, publicado en 1849 por el catedrático de la facultad de Medicina de la Universidad de París, Ambroise Tardieu, y traducido en aquel mismo año tanto al castellano como al inglés, el cual excluye categóricamente que el cólera pudiera ser contagioso (Tardieu, 1849: 102-108). Además, por su parte, Andrés Bello seguramente estaba enterado que el cólera no era contagioso. Lo certifica el hecho que el mismo Luis Blanc en su *Historia de los Diez Años* relata que médicos franceses que habían sido enviados por su gobierno a Polonia en 1831, para averiguar más sobre si esta nueva enfermedad podía transmitirse de un individuo a otro, se habían “inoculado la enfermedad, y, llenos del valor que en todo tiempo dio realce a la ciencia, impregnados de sangre de coléricos ó de otros fluidos emanados de cadáveres, sin que para ninguno de ellos tuviese este experimento fatales consecuencias” (Blanc, 1844/1846: vol. IV, 94); y habían constatado que “por fin que ni los médicos que visitaban a los enfermos, ni los enfermeros que los asistían, ni ninguno de aquellos a quienes conducía la caridad a los hospitales experimentaron ni aun síntomas de cólera” (Blanc, 1844/1846: vol. IV, 94). Gracias al trabajo de Barry Velleman (Velleman, 1995: 67), sabemos que en su biblioteca Bello poseía dos obras pioneras en el estudio del cólera que defienden la naturaleza no contagiosa de esta enfermedad: el tratado médico *Colera Morbus Epidémica, observada y tratada según el método fisiológico*, publicado en 1832 por el médico francés Francois Joseph Victor Broussais<sup>22</sup>, y el libro *General observations respecting cholera morbus*, escrito en 1834 por el médico peruano John Norberto Casanova<sup>23</sup>. Incluso, durante los años cuarenta y cincuenta, Andrés Bello había

traducido seis artículos sobre esta enfermedad, por lo tanto, tenía un vasto conocimiento sobre la materia. Por ejemplo, en el *Informe sobre el cólera epidémico de 1848 y 1849 presentado a la Reina de la Gran Bretaña por la Junta de Sanidad y a las dos Cámaras del Parlamento por orden de S.M.*, que tradujo en 1851, se puede leer: “lo que se notó después de cuidadosas investigaciones, fue que el cólera se propagaba epidémicamente y no por contacto del paciente con los sanos” (Bello, 1892: vol. XIV, 492).

#### 4. Conclusiones

La panorámica propuesta permite avanzar la hipótesis que en la decisión de Bello de no incluir en la versión final del Código Civil de Chile al testamento en tiempo de contagio no influyeron únicamente consideraciones de carácter legal, sino también su baja percepción del riesgo epidémico, debido a su total confianza en la ciencia médica, en general, y en la eficacia de la vacuna de la viruela, en particular. De hecho, si bien la investigación aún está lejos de concluirse, los primeros resultados que se acaban de presentar permitieron demostrar que mientras el codificador venezolano redactaba el Código, los brotes de viruela se hacían en Chile de año en año menos frecuentes y la mortalidad de la enfermedad había notablemente disminuido. Además, Andrés Bello desde muy joven demostró mucho interés por la medicina, tanto como para querer dedicarse a su ejercicio, pero ante la imposibilidad de hacerlo, decidió desempeñarse como publicista médico. Esta actividad lo llevó a traducir varios artículos sobre diferentes temáticas relacionadas con la medicina y la higiene, y a desarrollar la idea que

la ciencia médica estaba encaminada a erradicar las enfermedades infecciosas, convirtiendo de esta manera el testamento en tiempo de contagio una herramienta jurídica obsoleta e injustificada.

## Referencias citadas

### Fuentes primarias editadas

“Anuario estadístico de la República de Chile” (1871): núm. 46, Santiago de Chile, Imprenta Nacional,

“Despacho de la Intendencia. Santiago, mayo 13 de 1848” (1848): *El Progreso*, 18 de mayo, núm. 1717.

“Intendencia de Santiago. Santiago, julio 22 de 1848” (1848): *El Progreso*, 11 de octubre, núm. 1841.

### Libros y artículos

Alcaide González, R. (1999): “La introducción y el desarrollo del higienismo en España durante el siglo XIX, Precursores, continuadores y marco legal del proyecto científico y social”, *Scripta Nova. Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, 50, pp. 32-54.

Álvarez, J. M. (1854): *Instituciones de Derecho Real de Castilla y de Indias*, segunda edición guatemalteca, 4 vols., Guatemala, Imprenta de L. Luna.

Artola, M. (1990): *Historia de España*. Vol. 5: *La burguesía revolucionaria (1808-1874)*, Madrid, Alianza Editorial.

Barrientos Grandón, J. (1 de diciembre de 2020): “A propósito del Covid 19. El cólera de París (1832) y nuestras miserias”, *Blog de la Facultad de Derecho. Historia del Derecho*. Disponible en web: <http://www.blog.fder.>

[uam.es/2020/12/01/a-proposito-del-covid-19-el-cole-ra-de-paris-1832-y-nuestras-miserias/?fbclid=IwAR0bnkrCVoUK5s10wjLgYtYtHkOPjYBGQRrEMqcFIVyb0hEauSVkXkH9\\_w0](http://uam.es/2020/12/01/a-proposito-del-covid-19-el-cole-ra-de-paris-1832-y-nuestras-miserias/?fbclid=IwAR0bnkrCVoUK5s10wjLgYtYtHkOPjYBGQRrEMqcFIVyb0hEauSVkXkH9_w0) [Consulta: 6 de octubre de 2021]

Bedera Bravo, M. (1990): “La propiedad privada como elaboración del liberalismo burgués, su proceso de positivación”, *Anales de estudios económicos y empresariales*, 5, pp. 263-286.

Bello, A. (1843): *Discurso de instalación de la Universidad de Chile*, Santiago 17 de septiembre de 1843. Disponible en web: <https://uchile.cl/u4682> [Consulta: 6 de octubre de 2021]

Bello, A. (1892): *Opúsculos científicos: Obras completas de Andrés de Bello*, Santiago, Imprenta Cervantes.

Bello, A. (1883): *Poesías: Obras completas de Don Andrés Bello*, Santiago, Impreso por Pedro G. Ramírez. Disponible en web: <https://doi.org/10.34720/vxh1-kd86> [Consulta: 6 de octubre de 2021].

Blanc, L. (1844/1846): *Historia de Diez Años, o sea de la Revolución de 1830 y de sus consecuencias en Francia y Fuera de ella hasta fines de 1840, con un resumen histórico que abraza los cien días y la restauración, escrita en francés por Monsieur Luis Blanc y traducida, anotada y continuada hasta 1846 por D. A. de Burgos*, vol. IV, Barcelona, Don Juan Olivares Impresor de S.M.

Blanch Nougués, J. M. (2020): *Sermo iuris et forma mentis in tempore pestilentiae. Análisis del lenguaje en tiempo de pandemia*, Madrid, CEU Ediciones.

Boudin, J. C. M. (1842): *Traité des fièvres intermittentes, rémittentes et continues*, Paris, G. Baillièrre Editor.

Broussais, F. J. V. (1832): *Colera Morbus Epidémica, observada y tratada según el método fisiológico*, París, Imprenta de Decourchant.

Cabrera, M. J. (2008): “¿Obligar a vivir o resignarse a morir? Viruela y Vacuna: El debate sobre una enfermedad y su prevención a comienzos del siglo XX chileno”, en S. Zárate, ed., *Por la salud del cuerpo. Historia y políticas sanitarias en Chile*, Santiago, Ediciones Alberto Hurtado, pp. 37-80.

Caffarena Bercenilla, P. (2016): *Viruela y vacuna. Difusión y circulación de una práctica médica. Chile en el contexto hispanoamericano 1780-1830*, Santiago, Editorial Universitaria de Chile.

Caffarena Bercenilla, P. (2020): “Una profesión sanitaria en la lucha contra la viruela: vacunadores en Chile, 1805-1887”, *Historia* 396, 10, pp. 39-66.

Cordero Quinzacara, E., y Aldunate Lizana, E. (2008): “Evolución histórica del concepto de propiedad”, *Revista de estudios histórico-jurídicos*, 30, pp. 345-385. Disponible en web: <https://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552008000100013> [Consulta: 6 de octubre de 2021]

Caroni, Pio (2013): *Lecciones de Historia de la codificación*, Madrid, Editorial Dykinson, Universidad Carlos III de Madrid.

Casanova, J. N. (1834): *General observations respecting cholera morbus*.

Cástan, S. (2021): “Testar en tiempos de pandemia: antecedentes históricos y en la actualidad”, *RIDROM. Revista Internacional de Derecho Romano*, abril, pp. 419-480.

*Codice Civile Universale austriaco pel il Regno Lombardo-Veneto, Parte I* (1815): Milán, Cesarea Regia Stamperia.

Contardo, J. (1877): “Causas de la propagación de la viruela en Chile i de la excesiva mortalidad que producen sus epidemias en Santiago. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en la Facultad de medicina”, *Anales de la Universidad de Chile*, mayo de 1877, pp. 443-461.

Córdova, A. (1968): “De Grocio a Kant: Génesis del concepto moderno de propiedad”, *Revista Mexicana de Sociología*, 30 (4), pp. 959-998. Disponible en web: <https://doi.org/10.2307/3538972> [Consulta: 6 de octubre de 2021].

Costa, D. (1956): “Las aficiones médicas de don Andrés Bello”, *Anales de la Universidad de Chile*, 103, pp. 135-141.

Cruz-Coke, R. (1995): *Historia de la Medicina Chilena*, Santiago, Editorial Andrés Bello.

De Matteis, V. (1858): *Delle donazioni fra vivi e dei testamenti, ovvero comentario sul Titolo 2° Libro 3° del codice civile di Troplong*, Napoli, Stabilimento dell'antologia legale di Domenico Capasso.

De Tapia, E. (1828): *Febrero novísimo o Librería de jueces, abogados y escribanos*, Valencia, Imprenta de Ildefonso Mompie.

Escriche, J. (1836): *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense*, Valencia, Imprenta de J. Ferrer de Orga.

Fernández Domingo, E. (2015): “La transformación

urbana de Santiago de Chile: finanzas, obras públicas y discurso político (1870-1910)”, *Amérique Latine Histoire et Mémoire. Les Cahiers* [on line], 28. Disponible en web: <http://journals.openedition.org/alhim/5091> [Consulta: 6 de octubre de 2021]

Ferrante, R. (2013): “Los orígenes del modelo de codificación entre los siglos XIX-XX en Europa, con particular atención al caso italiano”, *Revista de Derecho Privado*, 25, pp. 29-53.

García Goyena, F. (1852): *Concordancias, motivos y comentarios del código civil español*, vol. II, Madrid, Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial.

Gilbert, P. (1862) : *Les Codes Annotés de Sirey contenant toute la jurisprudence des arrêts et la doctrine des auteurs*, vol. I: *Code Napoléon*, París, Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence.

Grossi, P. (1992): *La propiedad y las propiedades. Un análisis histórico*, Madrid, Editorial Civitas.

Grossi, P. (2006): *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, Nápoles, Editoriale Scientifica.

Guzmán Brito, A. (2006): “El Código Civil de Chile en sus ciento cincuenta años y crónica de un congreso internacional de conmemoración celebrado en Santiago de Chile”, *Anuario de derecho civil*, 59 (3), pp. 1283-1302.

Lassalle Ruiz, J. M., y Tornel García, A. (2019): “Propiedad, libertad y desarrollo económico”, IPRA-CINDER. Disponible en web: [http://ipra-cinder.info/wp-content/uploads/2019/03/Propiedad\\_libertad\\_y\\_desarrollo\\_economico.pdf](http://ipra-cinder.info/wp-content/uploads/2019/03/Propiedad_libertad_y_desarrollo_economico.pdf) [Consulta: 6 de octubre de 2021].

*Leggi del Gran-Ducato della Toscana* (1814): Florencia, Stamperia Granducale.

*Leggi, ordinanze, regolamenti e circolari d'interesse generale per lo Stato pontificio a contare dallo Statuto fondamentale* 14 marzo 1848 (1849): Roma, Tipografia Menicanti.

Marzal Rodríguez, P. (1998): *El derecho de sucesiones en la Valencia foral y su tránsito a la Nueva Planta*, Valencia, Universitat de Valencia.

Muratori, L. (1801): *Tratado del gobierno político de la peste, y del modo de precaverse de ella*, Zaragoza, Imprenta de Francisco Magallon.

Murillo Velarde, P. (1743/2004): *Curso de Derecho Canónico e Indiano*, Zamora, El Colegio de Michoacán

Nolasco de Llano, P. (1795): *Compendio de los comentarios extendidos por el maestro Antonio Gómez a las ochenta y tres leyes de Toro*, Madrid, Imprenta Real.

Peña Montenegro (de la), A. (1771): *Itinerario para párrocos de indios en que se tratan las materias más particulares tocantes a ellos para su buena administración*, tratado IX, Madrid, Oficina de Pedro Marín.

Rodríguez Ennes, L. (2006): “Florencio García Goyena y la codificación iberoamericana”, *Anuario De Historia Del Derecho Español*, 76, pp. 705-726.

Sáez Geoffroy, A., y Parra Díaz, J. (2020): “De la Peste Antonina a la Peste de Cipriano: Alcances y consecuencias de las pestes globales en el Imperio Romano en el siglo III d.C.”, *Revista chilena de infectología*, 37 (4), pp. 450-555. Disponible en web: <https://dx.doi>.

org-/10.4067/S0716-10182020000400450 [Consulta: 6 de octubre de 2021].

Sala, J. (1820): *Ilustración del derecho real de España*, segunda edición, 2 vols., Madrid, Oficina de don José del Collado.

Salvi, S. (2012): *Tra privato e pubblico: notai e professione notarile a Milano (secolo XVIII)*, Milano, Giuffré.

Silva Castro, R. (1958): *Prensa y Periodismo en Chile (1812-1956)*, Santiago, Ediciones de la Universidad de Chile.

Statuto di Valtrompia (1576), Brescia, Impreso por Giacomo Britanico. Disponible en web: [https://books.google.es/books?id=Nsznh\\_ihO1oC&pg=PA102&d-q=testamento+peste&hl=it&sa=X&ved=2ahUKEwj\\_lOiuMDzAhVySvEDHdklCIwQ6AF6BAGCEAI#v=onepage&q=testamento%20peste&f=false](https://books.google.es/books?id=Nsznh_ihO1oC&pg=PA102&d-q=testamento+peste&hl=it&sa=X&ved=2ahUKEwj_lOiuMDzAhVySvEDHdklCIwQ6AF6BAGCEAI#v=onepage&q=testamento%20peste&f=false) [Consulta: 6 de octubre de 2021].

Tardieu, A. (1849): *Del colera epidémico: lecciones dadas en la Facultad de Medicina de Paris*, Madrid, Imprenta de Anselmo Santa Coloma.

Velleman, B. (1995): *Andrés Bello y sus libros*, Santiago, Ediciones La Casa de Bello.

Vidaurre, L. M. (1836): *Proyecto del Código Civil peruano dividido en tres partes, 3ª parte, comprende todo lo que corresponde á las últimas voluntades, escrito por el ciudadano M.L. Vidaurre*, Lima, Imprenta del Constitucional por Justo León.

## Notas

<sup>1</sup> Para una panorámica de la evolución de la propiedad y su régimen jurídico durante la época medieval y moderna véase: Córdova (1968); Grossi (1992); Grossi (2006); Cordero Quinzacara y Aldunate Lizana (2008).

<sup>2</sup> Agradezco al Dr. Álex Corona Encinas, investigador del ICS (Universidad de Navarra), por su traducción del fragmento.

<sup>3</sup> Por ejemplo, en el Ducado de Milán el recurso a este tipo de testamento parece haber sido praxis común, durante toda la época moderna, como demuestra el hecho que lo mencionan los estatutos de Valtrompia, promulgados en 1541, cuyo capítulo 131, relata: “en cualquier tiempo de peste, cualquiera que tenga tres testigos, y sin otra escritura, puede hacer testamento, y se entiende por peste, cuando en la misma tierra en los quince días antes del testamento hayan muerto dos hombres de peste, o de epidemia. Lo mismo habría que hacerse, si va a ocurrir el caso, que no se encuentren más de tres testigos que quisieran estar presentes en dicho testamento. Y esto para apoyar la voluntad de los defuntos” (Statuto di Valtrompia, 1576: traducido por el autor), cabe señalar que, normalmente, en este val italiano para hacer testamento era necesario que estuvieran presentes siete testigos, según lo establecido por el capítulo 139 de los mismos estatutos; es presente en el vademécum *Arte Notarile in tre parti divisa*, escrito durante la primera mitad del siglo XVIII, y publicado póstumo en 1796, por Vincenzo d’Adda, notario y profesor de Arte notarial e Instituciones civiles en la Escuela Palatina de Milán (Salvi, 2012: 192); es aún disciplinado por el *Codice Civile Universale austriaco* pel il Regno Lombardo-Veneto, promulgado en 1811 (art. 597 y 598) (*Codice Civile Universale...*,

1815). Análogamente, también los súbditos del gran duque de Toscana en caso de epidemia tenían derecho a testar frente a un número menor de testigo. Ludovico Muratori, en su Tratado del gobierno político de la peste y del modo de precaverse de ella, reporta que en Florencia durante la epidemia de 1630, “fue facilitado, por dispensación del príncipe, el modo de hacer testamento mientras duraba el contagio. En la ciudad era permitido hacerle con un legítimo escribano y tres testigos: siendo suficiente para los codicilos el escribano con dos testigos. Por lo que toca al distrito y aldeas, en que no era fácil encontrar el escribano, era suficiente lo recibiese el párroco, o bien el capellán en ausencia e legítimo impedimento del párroco, en presencia de dos solos testigos; encargando, que no se hiciesen fraudes, porque una vez descubiertas serian castigadas con el mayor rigor. Que, si llegasen à faltar los escribanos en la ciudad, entonces se te concedía también la misma facultad que a las aldeas. De este modo se quitaron las disputas que podían originarse en quanto a la formalidad de dichos Testamentos” (Muratori, 1801: 136-137); y el granduque Ferdinando III, el 15 de noviembre de 1814, tuvo bien ratificar la validez de este instituto, con las Disposizioni su diverse materie interessanti di Legislazione, finchè non giunga a formarsi un Codice completo delle Leggi Toscane, en el apartado dedicado a los Dei testamenti privilegiati, que al Artículo 14 establece: “En los lugares donde reine la peste, u otra enfermedad contagiosa, los testamentos nuncupativos, y las otras disposiciones de última voluntad se podrán hacer con la intervención del notario, y de solo dos testigos, tanto si el testador es atacado, como si no, por la peste o enfermedad contagiosa” (Leggi del Gran-Ducato della Toscana, 1814: 33, traducido por el autor). En fin, merece mencionarse, que hacer testamento con menos formalidades en caso de epidemia era permitido también a los súbditos del

Pontificie. En las Disposizioni diverse di Legge Civile, promulgadas el 3 de febrero de 1849, en el Título IV, dedicado a los testamentos especiales, se puede leer: “la forma especial de hacer testamento es de competencia única y exclusiva, excluyendo a cualquier otra persona, por causas dignas de mención especial, a los militares, a quienes hacen testamento en tiempos de peste...”, y “en los lugares incomunicados por enfermedades contagiosas, el testamento, incluso de quienes no son atacados por la enfermedad, se puede hacer en frente de un notario, en presencia de dos testigos” (Leggi, ordinanze, regolamenti..., 1849: 357-358, traducido por el autor).

<sup>4</sup> Libro III, Capítulo IV, Art. 6: “El testamento otorgado habiendo epidemia no necesita para su validez más que cinco testigos varones ó hembras, los cuales podrán firmarle sucesivamente. Pero es nulo un año después de haber desaparecido la enfermedad”.

<sup>5</sup> Art. 190: “Cuando con motivo de una guerra se hallan cerrados los tribunales, ó cuando las ciudades á consecuencia de alguna enfermedad contagiosa se hallen abandonadas, los ciudadanos pueden testar del mismo modo que los militares”.

<sup>6</sup> Como recordaba ya en 1858 V. De Matteis, en Francia del sur no solamente se admitía que en caso de epidemia se derogara a la unicidad del acto, sino que “se permitió testar en presencia de cinco testigos en lugar de siete. Tal era el sentimiento de Henrys y Maynard, y así se juzgaba en los parlamentos de la Provenza y de Grenoble. En frente del parlamento de Toulouse cuando la enfermedad era violenta se testaba con dos o tres testigos. La costumbre de Bayona se limitaba a requerir dos testigos masculinos o femeninos para los testamentos hechos en tiempo de epidemia, y que el

testamento se hiciera por escrito o sin escrito; y, además, si se hacía por escrito, el que lo escribía contaba como testigo. Albert informa que la gran cámara del 16 de julio de 1654 juzgó que un testamento hecho en tiempo de peste en el que solo había cinco testigos, entre ellos dos mujeres y un religioso, era válido y revocaba un primer testamento en el que había habido siete testigos. En los países consuetudinarios, por el contrario, y especialmente en el Parlamento de París, se negaba a las víctimas de la peste el derecho a evadir de las solemnidades ordinarias. Se pensaba que el abandono en que la enfermedad dejaba al testador lo exponía a tristes influencias contra las cuales la ley debía protegerlo al exigir rigurosamente el cumplimiento de todas las formalidades dirigidas a garantizar sus últimas voluntades. Hubo muchas decisiones del Parlamento de París que cancelaron testamentos hechos en tiempos de peste porque eran defectuosos en el número y la calidad de los testigos. La ordenanza de 1735 puso fin a estas diferencias y decidió, con el Art. 33, que dos notarios o dos funcionarios de la justicia pudieran recibir testamentos en tiempos de peste. Eso no requería la presencia de testigos excepto en el caso que había un solo funcionario de justicia. Entonces los testigos deberían ser dos. Los testadores tenían igualmente derecho a recibir dichos testamentos con la asistencia de dos testigos. El Código ha reproducido más o menos esta disposición de la ordenanza.” (De Matteis, 1858: 104, traducido por el autor). De hecho, el código de 1804 establece al Art. 985, que “Los testamentos hechos en un sitio con el cual esté interrumpida toda comunicación, a causa de peste u otra enfermedad contagiosa, se podrán hacer ante el juez de paz o ante uno de los empleados municipales, en presencia de dos testigos”; y al Art. 986, que “Esta disposición producirá efecto, lo mismo respecto de los que se encuentren atacados de aquellas enfermedades,

que de los que se encuentren en los lugares infestados, aunque no estuviesen enfermos”.

<sup>7</sup> El código austriaco no solo admite en caso de epidemia un número menor de testigos, sino que permite que venga menos también la unidad de acto, como demuestran los Art. 587: “En el testamento otorgado sobre mar o durante alguna enfermedad contagiosa, pueden ser testigos los menores que hubiesen cumplido 11 años y los que tuvieren hechos votos», y el Art. 598: “dos testigos, de los cuales uno escriba el testamento, bastan en este caso. En tiempo de epidemia no es necesario tampoco que los testigos se hallen presentes a un mismo tiempo”. Merece añadirse que el testamento en tiempo de peste ya estaba disciplinado por el Codex Thersianus (Capítulo XI, Arts. 171-180).

<sup>8</sup> La Ley 10, del Título 13, del Libro 3 relata: “aunque por el Capítulo 2 del Fuero General, que comienza: Si infazón fuere enfermo, Lib. 3, Tít. 20 y otros, está dispuesto y establecido como deben ser hechos y ordenados los testamentos en falta de escrivano real que los testifique; por la duda que hai en su inteligencia, de que han resultado y pueden resultar pleitos, convendría que interpretando el dicho Fuero, se determinasse la forma y solemnidades que han de tener los dichos testamentos para ser válidos; y la que al reino le ha parecido conveniente y ajustada a lo dispuesto por el derecho común, y en particular el canónico, es que para que los dichos testamentos valgan y tengan fuerza de tales, no habiendo escrivano que los testifique, le hayan de otorgar en presencia del cura o de otro clérigo y dos testigos, y si tampoco huviere clérigo, que sean los testigos tres, y que no sean parientes ni criados de los herederos o personas que tengan interés en el testamento, y que sean vecinos de el mismo ante quienes declare su voluntad o por escrito o de pala-

bra; con tal que la dicha declaración sea con palabras dispositivas, y que su voluntad última es aquella; y que los testamentos que se hicieren sin guardar esta forma, no valgan ni se puedan abonar, ni con fuerza de testamentos ni de otra última disposición”.

<sup>9</sup> El testamento en tiempo de peste no se encuentra ni en las leyes de Partida, ni en el Ordenamiento de Alcalá, ni en las Leyes de Toro.

<sup>10</sup> Lo mismo se puede leer, con respecto a los indios, en Peña Montenegro, 1771: tratado IX.

<sup>11</sup> Por ejemplo, véase Nolasco de Llano (1795: 24); Sala (1820: vol. I, 140); De Tapia (1828: 322); Escriche (1836: lema “Testamento”); Álvarez (1854: vol. II, 140).

<sup>12</sup> Entre ellos véase el Proyecto de Código Civil peruano de Manuel Lorenzo Vidaurre, de 1836, Parte III, Art. 24; Código Civil de Perú de 1850, Art. 676; Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español de Florencio García Goyena, de 1852, vol. II, Art. 572; Código Civil de la República Argentina de 1869, Art. 3689; Código Civil de la República Dominicana de 1882, Art. 985-986; Código Civil de España, de 1890, Art. 701.

<sup>13</sup> Art. 42: “El testamento en paraje con el cual se hayan cortado las comunicaciones a causa de una enfermedad que se repute contagiosa, podrá ser recibido por el gobernador del departamento o por el subdelegado del distrito, o por un magistrado cualquiera, o por un miembro de la municipalidad, o por un sacerdote a presencia de dos testigos. Este testamento se escribirá. Será firmado por el testador, si supiere i pudiere, i por el sobredicho gobernador, subdelegado, magistrado, miembro de la municipalidad o sacerdote. Lo firma-

rán asimismo los dos testigos presentes, si supieren i pudieren”.

<sup>14</sup> Art. 572: “El que se hallare en peligro inminente por efecto de un ataque o accidente repentino, que haga temer la muerte sin testamento, podrá otorgarlo ante tres testigos domiciliados en el lugar del otorgamiento o ante dos con escribano; pero en ambos casos quedará ineficaz el testamento, desde que el testador hubiere salido de la enfermedad o peligro. La misma facultad se concede al que se encuentre en una población incomunicada, por razón de peste u otra enfermedad contagiosa”.

<sup>15</sup> El testamento en caso de peste es contemplado por el Código bávaro (Libro III, Capítulo IV, Art. 6), Código prusiano (Art. 190), Código austriaco (Art. 597-598), Código sardo (Arts. 778-779), Código de las Dos Sicilias (Art. 911), y Código holandés (Art. 995), mientras que no es presente en el Código del Cantón de Vaud y en Código de Luisiana.

<sup>16</sup> Art. 572: “El que se hallare en peligro inminente por efecto de un ataque ó accidente repentino, que haga temer la muerte sin testamento, podrá otorgarlo antes tres testigos domiciliados en el lugar del otorgamiento ó ante dos con escribano; pero en ambos casos quedará ineficaz el testamento, desde que el testador hubiere salido de la enfermedad o peligro. La misma facultad se concede al que se encuentre en una población incomunicada por razón de peste u otra enfermedad contagiosa” (García Goyena, 1852: vol. II).

<sup>17</sup> Art. 676: “Los que se hallen en un lugar incomunicado por motivo de epidemia, podrán testar ante el juez local, y en presencia de dos testigos”.

<sup>18</sup> Por ejemplo, en 1823 tradujo al español en la Biblioteca Americana dos largos informes acerca de la vacuna y de la diferencia genérica entre la varicela y la viruela, y en el 1847 volvió sobre el mismo tema en las columnas de El Araucano.

<sup>19</sup> El porcentaje se calculó a partir de la población chilena de 1869, que el Anuario estadístico de la República de Chile, correspondiente a los años de 1870 y 1871, calcula en 1.907.665. individuos. Así que, considerando que durante el siglo XIX la población de la república aumentaba cada año, el dato real debió ser aún más bajo (Anuario estadístico de la República de Chile, 1871: núm. 46).

<sup>20</sup> Por ejemplo, véase Cabrera (2008) y Caffarena Barcenilla (2020).

<sup>21</sup> El Progreso fue periódico caracterizado como un medio académico, literario y cultural, que pudo contar con la colaboración de figuras relevantes de la intelectualidad chilena, y que resulta particularmente interesante considerado que en el ámbito político fue hasta el 1849 un diario no oficial vinculado con el gobierno y después de dicha fecha pasó a ser un medio de oposición a los gobiernos conservadores (Silva, 1958: 178).

<sup>22</sup> Por ejemplo, Broussais afirma: “En cuanto al contagio, no es admisible, si se entiende un contagio semejante al de la viruela, porque la cólera no se inocular como la viruela, como la sarna: no se comunica de este modo. Hay personas que se han inoculado la sangre de los coléricos, otras que la han gustado y tragado, otras que han impregnado sus vertidos en las excrecencias de los coléricos; algunos han tenido el valor de acostarse al lado de ellos en la misma cama, y bajo las mismas

sábanas; en fin se ha hecho toda suerte de ensayos de esta naturaleza, y los que han hecho las experiencias no han contraído la cólera” (Broussais, 1832: 11).

<sup>23</sup> Casanova explica: “my opinion is in the negative. My long residence in India and other pars of Asia, where the disease is endemic, has afforded me great number of opportunities for personal inquiry on the subject, and therefore I think that Cholera-Morbus is not contagius” (Casanova, 1834: 78-79).