

FUNDAMENTOS HISTORICOS DEL PRINCIPIO DE INEXCUSABILIDAD DEL JUEZ EN EL DEVENIR JURIDICO HISPANICO Y CHILENO

por

Aldo Topasio Ferreti

PRESENTACION DEL TEMA

El ejercicio del poder jurisdiccional del juez frente a un caso no legislado, históricamente, en el devenir jurídico hispánico y nacional, aparece como escindido en dos ideas o conceptos —consagrados por vía legislativa— que pueden considerarse distintos el uno del otro.

Uno, constituido por el deber del juez de remitir los antecedentes al Rey para que éste, como órgano único de la interpretación y creación de la ley, dicte una nueva o señale el alcance del precepto para el caso específico de que se trata, resolviendo en definitiva el legislativo y no el órgano propiamente judicial. Otro, constituido por el principio de inexcusabilidad que obliga al propio juez a pronunciarse respecto del caso sometido legalmente a su decisión aunque falte ley expresa, pudiendo el juzgado recurrir —según lo autoriza la ley— a su libre albedrío, a la equidad u otro principio o criterio de solución no legislado.

Nuestro interés se orienta esta vez a aclarar algunos aspectos de esta materia procesal en el ámbito del derecho legislado de Castilla como también de nuestro derecho nacional. Estamos conscientes de que se trata de observar un aspecto específico del acontecer jurídico hispánico y nacional que obliga a conjugar factores del fenómeno jurídico proyectados en un devenir milenarío (a partir de la temprana edad media; siglo VII d.C.), por lo que nuestra pretensión es la de señalar sólo algunos aspectos, considerados en sus rasgos más esenciales de la problemática planteada, muy vinculada a las grandes tendencias del pensamiento jurídico hispánico y nacional, aspectos que en todo caso, reitero, serán considerados en la esfera del derecho *legislado* castellano y nacional. Entendemos que con ello observaremos sólo un aspecto del fenómeno jurídico: el legislado. Pero es el que ha estado más a nuestro alcance para analizarlo en su devenir histórico y, con las reservas que nos merece tan delicada materia, formularemos entonces algunas observaciones respecto de las facultades y deberes del juez en el ejercicio de su autoridad en caso de defecto de ley¹ en la historia del Derecho castellano y nacional.

¹ El concepto "defecto de ley" lo entendemos en sentido amplio. Las fuentes investigadas, cuando resuelven acerca del alcance de la jurisdicción del órgano juzgador en el ámbito de los preceptos aplicables

a la solución del caso, no se limitan al solo silencio de la ley; también hacen referencia a su obscuridad, su insuficiencia, y —lo más genérico— cuando fundadamente generen *dudas* al juez respecto de su aplicación al caso.

I. CARACTERES DE LA PROBLEMÁTICA EXPUESTA EN LA EPOCA VISIGODA.
LAS FACULTADES DEL JUEZ EN EL LIBER IUDICIORUM

El libro de los jueces, obra culminante de la legislación civil visigoda, consagra un principio de absoluto legalismo, de plenitud legal, en lo referente a los preceptos que deben aplicar los jueces en los pleitos; y tal legalismo se refiere a la exclusiva aplicación de los principios contenidos en el Libro. Se rechaza abiertamente la invocación de leyes romanas y de otras extrañas al texto oficial, estableciéndose sanciones pecuniarias tanto para los litigantes como para el juez en caso de ventilar el pleito por leyes extrañas. En el Libro II, Título I, que se llama "De los jueces y de lo que juzgan", la Ley VIII, IX y XI señala textualmente: "Bien sufrimos y bien queremos que cada hombre sepa las leyes de los extraños para sí; pero cuando se trata de juzgar pleitos, defendémoslo y contradécimos que no las usen... porque abundan para hacer justicia las razones, y las palabras y las leyes que son contenidas en este libro. Ni queremos que en adelante sean usadas las leyes romanas ni las extrañas (esta es la ley VIII del título I).

La ley IX de este mismo título I expresa: Ningún hombre de todo nuestro reino defendemos que no presente al juez para juzgar en ningún pleito otro libro de leyes si no este nuestro... Y si lo hiciere alguno, pague XXX libras de oro al rey. Y si el juez tomare el otro libro defendido, si no lo rompiere o no lo despedazare reciba aquella misma pena.

La ley XI del Libro de los Jueces, que en su parte enunciativa dice: "Que los Jueces no oyan ningún pleito, sino aquél que es contenido en las leyes", *resuelve en fin qué ha de hacer el juez cuando no hay ley que decida el caso ordenando que*: "el señor de la ciudad, o el juez por sí mismo, o por su encargado haga presentar ambas las partes ante el rey para que el pleito sea tratado ante él (*"quel pleyto sea tractado antel"*) y sea terminado así sin más, y que se haga entonces ley".

Estando el proceso pendiente, es posible entonces que el soberano dicte nueva ley, debiendo el juicio decidirse por esa norma. Dice la Ley XII: "Los príncipes tienen poder de añadir leyes en este libro todavía, y los pleitos que ya están iniciados y no están aún terminados, mandamos que sean terminados según estas leyes", y agrega después "Y el príncipe puede añadir leyes según como los pleitos vinieren de nuevo, y deben valer así como las otras".

La causa de este acendrado legalismo radica en un factor no controvertido. Conforme los términos del profesor Avila Martel: "La política de los reyes en esta materia es, fundamentalmente, la de imponer un sistema de derecho que contribuya a aumentar el poder de la monarquía; y para esto sobreponen al germánico (predominantemente consuetudinario) los elementos romano y canónico, tanto en el fondo de las instituciones como en la *técnica legislativa*"...².

Como consecuencia de este acendrado legalismo en el Libro de los Jueces no se deja lugar a la costumbre: "Si se menciona, es sólo para disponer que al ser dictada la ley, se la tenga presente"³.

Lo anterior, parece influir decididamente en los principios que regulan la metodología del juez y sus facultades referentes a la búsqueda del principio aplicable al caso, consagrándose —conforme las leyes del libro descritas— *el trámite de la remisión de los antecedentes al rey y la comparecencia de las*

² AVILA MARTEL, ALAMIRO DE, Curso de Historia del Derecho, t. I, Colección de Estudios Jurídicos y Sociales, Ed. Jurídica

de Chile, Santiago de Chile, 1955, p. 219.

³ AVILA MARTEL, ALAMIRO DE, op. cit., pp. 228-229.

mismas partes ante él, para que éste conozca el caso y dicte la ley pertinente cuando ésta falta en el Liber, produciendo plenos efectos, aun así, retroactivamente, conforme lo establecen las leyes VIII, IX, XI y XII que hemos transcrito.

En síntesis, respecto de esta primera situación analizada en conformidad a los preceptos del Libro de los Jueces, a falta de ley que resuelva el caso sometido a su decisión, el juez debe excusarse de pronunciar su propia decisión y deferir el asunto al rey para que éste lo defina.

II. EL PRINCIPIO DE EXCUSABILIDAD DEL JUEZ EN LA ALTA EDAD MEDIA

El propósito de esta comunicación es ofrecer algunos rasgos esenciales del alcance de las funciones del juez, en caso de defecto de ley, en los textos legislados del devenir jurídico castellano y nacional. Es por ello que, no obstante el gran interés que ofrece la Alta Edad Media con sus fueros, sus costumbres, el fuero de albedrío y las fazañas, conforme la línea de trabajo prefijada, no nos corresponde ahora adentrarnos en esta fascinante fase del devenir jurídico hispánico que nos ofrece importantes antecedentes en el tema de la jurisdicción de equidad. La línea que nos hemos propuesto seguir esta vez es nada más la estrictamente legislada y emanada del poder central.

Sólo cabe pues, en esta época, tener presente la vigencia —más teórica que práctica— del Liber, tanto en su proyección territorial como personal o de grupos. En este sentido constituye —en los reinos cristianos de la reconquista— una proyección del período visigodo que ofrece —en el derecho oficial de Castilla— una constante, en cuanto al principio de excusabilidad del juez se refiere, en ausencia de materia legislada.

III. ALCANCE DEL PRINCIPIO DE EXCUSABILIDAD DEL JUEZ EN LA BAJA EDAD MEDIA. LAS PARTIDAS Y EL ORDENAMIENTO DE ALCALÁ DE HENARES

Observando siempre los rasgos esenciales de la problemática expuesta en el ámbito del derecho legislado emanado del poder real, la Baja Edad Media castellana puede afirmarse ofrece especiales características desde el punto de vista de la penetración de los conceptos del *ius commune* y su pugna con los contenidos del derecho foral preexistente exponente del derecho tradicional hispánico.

La presencia de las Siete Partidas y del Fuero Real acusa —en el ámbito del derecho legislado por el rey— el impacto del derecho doctrinal romano canónico proveniente de Bolonia.

Sin embargo, este derecho común, importantísimo fenómeno jurídico doctrinal renacentista, no altera —en esencia— los graníticos principios del Libro de los Jueces tendientes a la plenitud legal, reproducidos textualmente en el Fuero Real⁴; como tampoco altera, en esta época de la Baja Edad Media,

⁴ “Bien sufrimos e queremos que todo home sepa otras leyes por ser más entendidos los homes, é más sabidores: mas no queremos, que ninguno por ellas razone, ni juzgue: mas todos los pleytos sean juzgados por las leyes de este libro, que nos damos a nuestro pueblo, que mandamos guardar: é si alguno

aduxere otro libro de otras leyes en juicio para razonar, ó para juzgar por él, peche quinientos sueldos al Rey: pero si alguno razonare ley que acuerde con la deste libro, é las ayude, puede lo hacer, é no haya pena”. El Fuero Real de España, Libro I, Título VI, Ley V. Inserto en Nueva Rec.

el principio —que aparece como corolario del anterior— *de excusabilidad del juez* y de requerimiento al Rey ante materias no legisladas o que hagan *dudar* al órgano juzgador acerca del *derecho que ha de escoger*, principio este último —de cuando existiere *duda*— que establece en particular el código de las Siete Partidas, desarrollado también en el Ordenamiento de Alcalá de Henares de 1348.

a) *Observemos al respecto lo establecido en las SIETE PARTIDAS*

En la Partida III, Título XXII, que trata “*De los juicios, que dan fin, e acatamiento a los pleytos*”, en su Ley XI referente a “*Que deben hacer los juzgadores cuando dudaren, y como deben dar su juicio*”, en nuestra búsqueda, hemos encontrado la consagración del trámite del envío del proceso al Rey, en el que el legislador exige se tomen las providencias necesarias a objeto de que, con orden y fundamento, el juez declare que rehúsa pronunciarse. Dicen las Partidas que cuando los juzgadores dudaren de qué manera deben dar su juicio, en razón de las pruebas y de los derechos que ambas partes mostraron, después de consultar a los hombres sabedores sin sospecha de aquellos lugares, “*deben hacer escribir todo el pleito, como pasó ante ellos, bien y lealmente, y después hacerlo leer ante las partes, para que vean y entiendan si está escrito todo lo que fue razonado. Y si hallaren que alguna cosa está crecida o menguada o cambiada, débenla enderezar, y después sellar el escrito con sus sellos, y dar a cada una de las partes el suyo, para que lo lleven al Rey; y sobre todo esto deben los jueces hacer su carta, y enviarla al Rey, recontándole todo lo hecho, y la duda en que están. Y entonces el Rey, sabida la verdad, puede dar el juicio, o enviar decir a aquellos juzgadores, como lo den, si se quisiere*”⁵.

Nada dicen las Siete Partidas acerca de si el Rey puede hacer ley nueva para el caso sometido así a su decisión, tal como lo decía el Libro de los Jueces; pero el mismo Ordenamiento de Alcalá que pone en vigencia el código de don Alfonso X aclara este punto como en seguida veremos.

b) *Ordenamiento de Alcalá de Henares (1348)*

En el Título XXVIII, enunciado “*Por qué leyes se pueden librar los pleytos*”, después de señalar en el encabezamiento de la ley 1ª el conocido orden de prelación de fuentes diciendo “*cómo todos los pleytos se deben librar primeramente por las leyes deste Libro; et lo que por ellas non se pudiere librar, que se libre por los fueros; et lo que por los fueros non se pudiere librar, que se libre por las Partidas*”, el legislador don Alfonso XI resuelve qué ha de hacerse en defecto de ley, en sentido amplio, incluyendo la falta de norma, en los siguientes términos: “*Y si alguna contrariedad apareciere en las leyes sobredichas entre sí mismas, o en los fueros, o en cualquiera de ellos, o alguna duda fuere hallada en ellos, o algún hecho porque por ellos non se puede librar (el pleito), que Nosotros seamos requeridos sobre ellos, para que hagamos interpretación, o declaración o enmienda, donde entendiéremos que cumple, y*

⁵ Para evitar el abuso en los envíos de procesos al Rey, y pronunciándose acerca de la posible denegación de justicia en esas remisiones de procesos, las mismas Partidas en la ley XI referida ordena: “*Pero ningún juzgador non debe esto hacer para excusarse del trabajo, ni por alargamiento de pleito, ni*

por miedo, ni por amor, ni desamor que haya a ninguna de las partes, sino porque non sabe escoger el derecho, tan bien como debía o quería. Que si de otra manera lo hiciere, debe por ende recibir pena, según entendiérese el Rey que la merece”.

hagamos ley nueva, la que entendiéremos que cumple sobre ello, para que la justicia y el derecho sean guardados”.

El precepto evoca en su esencia el principio consagrado en la época goda en el Libro de los Jueces del cual hemos hecho ya la referencia. Si bien no se exige ahora en el Ordenamiento el trámite de la comparecencia de las partes, personalmente, ante el Rey, para que éste resuelva en defecto de ley, *se mantiene una constante*: el requerimiento al monarca por parte del juez para que aquél aclare o dicte nueva ley. En el derecho de Castilla, una vez más, por vía legislativa, en el ámbito jurisdiccional se excluye implícitamente —como principio de carácter general—⁶, lo que hoy en día la ciencia del derecho procesal denomina la *jurisdicción de equidad*, que por su propia naturaleza va estructurada por un elemento obligatorio, para el juez, que lo obliga a pronunciarse no obstante la ausencia o insuficiencia de precepto legislado, y por otro elemento que apunta a la apertura del sistema de plenitud legal, permitiendo al juez la invocación de principios supra o extralegales⁷.

⁶ No obstante la tendencia del poder real castellano a “clausurar” el sistema jurídico cerrándolo con prohibiciones de invocar otros preceptos que no sean leyes, hay excepciones, que confirman desde luego la normativa general. Existen algunas aperturas tópicas orientadas a aceptar una jurisdicción de equidad en las *Leyes del Estilo*. Estas leyes, que constituyen sentencias (“estilos”) y dictámenes del tribunal de la Corte durante los reinados de Alfonso X, Sancho IV y Fernando IV, encaminados a aclarar el sentido de diversos textos legales, en particular del Fuero Real, no tienen todavía en la era medieval sanción legislativa. La tendrán mucho más tarde (1768) por auto acordado del Consejo de Castilla. Estaríamos, por tanto, dando un ejemplo que no está propiamente en la línea legislada que nos hemos propuesto desde un comienzo; pero al fin hemos decidido colacionarlas por la trascendencia que han tenido después en el devenir jurídico hispánico. La Ley LXIII del Estilo admite el *libre albedrío* del juez en los “yerros culposos”, lo que diríamos hoy en los “cuasidelitos”. Señala este precepto: “Otrosí, generalmente es regla, que no debe ser penado hombre, si culpa no hubo en el yerro que fizo. Y esto es verdad de la pena ordinaria: más por la negligencia penarlo han de pena extraordinaria, que es *albedrío de juez*”.

Y la Ley CCXXXVIII del Estilo admite la supremacía del derecho natural cuando éste “es contra el derecho positivo que hicieron los hombres: ça el derecho natural, debe guardar, en lo que no fallaron en el derecho natural, escribieron y pusieron los hombres leyes”. Este principio es, en esta época, solamente jurisprudencial, pero indudablemente contiene elementos suficientes para sentar las bases de una jurisdicción con facultades para resolver con fundamentos supralegales.

⁷ La jurisdicción de equidad en el derecho procesal contemporáneo se ha erigido en principio ordinariamente aceptado en el mundo occidental. Rocco dice: ... “el ordenamiento jurídico algunas veces consiente que el juez en vez de atenerse únicamente a la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, aplique, en cambio, principios de equidad” ... Aquí el juez, en vez de aplicar las normas jurídicas, aplica principios que están immanentes en el espíritu de cada individuo y que frecuentemente son diferentes y contrarios a las mismas normas jurídicas” ... “En todo caso se suele hablar de *jurisdicción de equidad*, con respecto a la *jurisdicción de derecho*, como de dos formas distintas y separadas, y hasta contrapuestas la una de la otra”. Hugo Rocco, Tratado de Derecho Procesal Civil, vol. I, Parte General, Edit. Depalma, Buenos Aires, pp. 96-97.

PIERO CALAMANDREI precisa respecto del punto en comento: “De todo cuanto se ha dicho, aparece el alcance exacto de la contraposición, que aún hoy se hace, entre *jurisdicción de equidad* y *jurisdicción de derecho*. La actividad del juez de equidad, que crea el derecho para el caso singular, es más compleja y más comprensiva que la del juez de derecho, que aplica al caso singular el derecho creado por el legislador; en el juicio de equidad, la creación del derecho y su aplicación al caso concreto tiene lugar en el mismo momento, con un acto único; en el juicio de derecho, el mismo camino se realiza en dos etapas, la primera por obra del legislador, la segunda por obra del juez; de suerte que se puede decir que la jurisdicción de equidad concreta en sí, actuando caso por caso, la función creadora del derecho que en el sistema de la legalidad está sustraída al juez y reservada al legislador...”.

IV. DISTINTAS FUNDAMENTACIONES EN LA CONTINUIDAD HISTÓRICA DE UN MISMO PRECEPTO

Nos parece de interés destacar que la reiteración del precepto que obliga a remitir los antecedentes del pleito al Rey en caso de defecto de ley para que éste lo defina, excusando —implícitamente— el juez su pronunciamiento, ofrece distintas motivaciones si analizamos comparativamente el acontecer histórico-jurídico de la temprana Edad Media con la Baja Edad Media, si bien estas diferentes motivaciones del precepto de excusabilidad del juez parecen afincarse en un común denominador del ámbito jurídico-público: la tendencia a que el Rey *ob antiquo* administre la justicia y *busque resumir en sí todos los poderes del Estado*⁸. Pues bien, bajo esta tendencia se consagra el mismo precepto en la época goda y después en la propia era renacentista, pero con una finalidad, con una teleología distinta. Observemos:

a) En la época visigoda aparece como motivo predominante para obligar al juez a remitir el expediente al Rey si la materia no está legislada, el hecho de no aceptarse la costumbre como elemento invocable por el juez. Si bien en la Lex Romana se acepta la *consuetudo secundum legem*, en el Liber no se admite en absoluto su invocación por el juez.

La ley civil visigoda, de inspiración fundamentalmente romana, ofrece un claro frente opositor, en particular al propio elemento consuetudinario germánico, prohibiendo su invocación por el juez.

En la Baja Edad Media, en cambio, no es ya la oposición a la costumbre lo que parece —manifiestamente— motivar la reiteración del principio de excusabilidad del juez y la remisión del pleito al Rey en los nuevos ordenamientos y pragmáticas. Las propias Siete Partidas puestas en vigencia por el Ordenamiento de Alcalá en 1348 admiten la invocación de la costumbre. El principio

⁸ En el actual régimen constitucional (hispánico) en que el Poder Judicial es independiente del Legislativo y del Ejecutivo, no cabe ya suspender los fallos en los mencionados casos para consultar el juez al Poder Legislativo, único competente para hacer o interpretar auténticamente las leyes, porque esto equivaldría a resignar y someter a éste un poder, cesando, por consiguiente, su independencia; además que siendo las Cortes con el Rey las encargadas de la interpretación auténtica o de la formación de una nueva ley si el caso era nuevo, esto dilataría el fallo, con grave detrimento del interés particular de los litigantes, aplazamiento que en muchas ocasiones implicaría en realidad la comisión de una injusticia notoria.

Se observará, entonces, que la evolución del principio en la época contemporánea ha llevado a consagrar el principio de la inexcusabilidad, en particular los regidos por constituciones que confieren independencia al Poder Judicial, tanto del Legislativo como del Ejecutivo. “De aquí que la legislación de todos los países regidos constitucionalmente haya admitido como principio general derivado de aquella independencia de los poderes públicos y de la índole y especial modo

de ser del Poder Judicial, la necesidad y obligación absoluta e *inexcusable* por parte de los jueces y de los Tribunales de fallar los asuntos en que se invoca su oficio, castigando el incumplimiento de tan ineludible obligación y colocando al lado de ella una norma jurídica que haga posible al juez fallar con justicia, salvando el silencio, la insuficiencia u obscuridad de la ley”.

Por lo que a España se refiere, la negativa del juez o Tribunal a juzgar o resolver las cuestiones que hayan sido discutidas en el pleito, ha sido castigada en la legislación medieval citada (Partida III, Título XXII, ley XI), no siendo, sin embargo, ineludible fallar los asuntos cuando había duda en la interpretación o existía silencio de ley. En esencia, la sanción parece estar consagrada para evitar los abusos en las excusas de los jueces, en este período medieval que nos ocupa. El origen de la disposición citada de las Partidas que sanciona la denegación de justicia está en el Libro de los Jueces, que establece claramente el trámite de la remisión del expediente al Rey a falta de materia legislada que resuelva el caso. Vid. *Enciclopedia Jurídica Española*, Editor: Francisco Seix, Barcelona, t. 10, 1910, pp. 734-735.

en comento entendemos se mantiene ahora en la época baja medieval para oponer un frente a los principios doctrinales que conforman el *ius commune*, vale decir, el derecho romano canónico renacentista.

Después del Ordenamiento, casi un siglo después, considerando la realidad de la clara penetración del romanismo por vía de juristas que argumentan sus alegatos y fundamentan sus sentencias con los principios del derecho romano reformulado por los comentaristas⁹, don Juan II hubo de aceptar, por pragmática de 1427, en forma restringida no obstante, la invocación de las opiniones doctrinales anteriores a Juan Andrés y Bártolo. Pero con esta pragmática no se altera en esencia el sistema de plenitud legal que busca imponer el poder real, pues con ella *se legaliza*, precisamente, la invocación por el juez de parte importante de la doctrina romanista proveniente del *ius commune*, manteniéndose además el principio del envío del proceso al Rey en caso de defecto de ley —en sentido amplio— conforme los términos vigentes del Ordenamiento de Alcalá.

V. EL PRINCIPIO DE EXCUSABILIDAD DEL JUEZ EN LA ÉPOCA MODERNA

Desde los Reyes Católicos en adelante, las cosas no se alterarán substancialmente. La Pragmática de Madrid (1499), que admitió, a falta de ley, la invocación en juicio de las opiniones de Bártolo, Baldo, de Juan Andrés y del Abad Panormitano, es derogada por la ley 1ª de Toro. Y esta ley vuelve a reiterar el principio medieval de excusabilidad del juez en defecto de ley y el envío de los antecedentes al Rey no sólo para la interpretación de la ley sino también para su declaración.

El principio es también confirmado por la Reina Doña Isabel, quien, por Real Cédula expedida el 29 de marzo de 1503 en la villa de Alcalá de Henares, y disponiendo respecto de la determinación de los pleitos en las Audiencias, ordena que: . . . “Si por ventura algún pleito fuere tan dudoso e intrincado, que parece que no se puede determinar bien la justicia, y que se debe mandar comprometer, los dichos Presidente y Oidores no lo hagan, sin consultarlo primero con Nos, y nos envíen la razón del negocio que fuere, con los votos de los Oidores que lo hubieren visto y con las causas que les movieren, para que Nos mandemos lo que se debe hacer”¹⁰.

El mismo principio se mantendrá en la nueva recopilación puesta en vigencia en 1567 por Felipe II, insertándose también en la Novísima, al final de la Era Moderna¹¹.

VI. EL PRINCIPIO DE INEXCUSABILIDAD EN EL DERECHO CHILENO

Tanto en el derecho hispánico contemporáneo, como en el derecho chileno, no es admisible, hoy en día, la remisión del proceso al Rey o al órgano legislativo

⁹ El derecho de los comentaristas constituye un derecho romano “reformulado” pues el material utilizado por éstos se veía aumentado ahora por el Derecho consuetudinario y por el estatutario. Vid. Koschaker, Europa y el Dº R., p. 163.

¹⁰ Cédula inserta en la Novísima: Ley 17, Libro V, Título I.

¹¹ En la Nueva Recopilación: Leyes 3 y 7, Título I, Libro II, y Ley 13, Título 5, Libro II.

En la Novísima: Ley 3, Título II, Libro III. Ley 7, Título II, Libro III.

en caso de defecto de ley. El juez no puede rehusar su fallo "a pretexto de silencio u obscuridad o insuficiencia de las leyes", conforme lo expresa la legislación española contemporánea, consagrando, en complemento necesario de ese principio, la apertura a fuentes distintas de la ley para que por ellas el juez resuelva si falta el precepto legislado¹².

Similar precepto al español es el chileno del artículo 10 del Código Orgánico de Tribunales, con rango constitucional en la actual Carta Fundamental de 1980. El precepto, en uno y otro texto citado, es casi idéntico y expresa: "Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometido a su decisión" (artículo 73, inciso 2º C.P.E.). El artículo 10 del Código Orgánico de Tribunales (1943) dice lo mismo, pero restringido a las contiendas, es decir, no menciona los "asuntos".

Para hacer factible el principio, el artículo 170 Nº 5 del Código de Procedimiento Civil (1902), que trata el punto de la fundamentación de las sentencias, admite que a falta de ley se falle conforme a equidad.

Conduciendo el tema por la vía del acontecer jurídico nacional, desde la era republicana, hemos podido observar como antecedente de los artículos 10 del Código Orgánico y 73 de la Constitución Política de 1980 el artículo 15 del proyecto de Ley Orgánica de Tribunales de don Francisco Vargas Fontecilla, el cual era del tenor siguiente: "Toda persona tiene derecho para implorar la protección de los tribunales de justicia en los asuntos que son de su competencia; i concurriendo esta condición, ningún tribunal podrá, bajo el pretexto de ser la lei oscura o deficiente, desatender la petición que se le hiciere, debiendo forzosamente admitirla o rechazarla según fuere de derecho".

En sesión celebrada por la comisión revisora del proyecto en agosto de 1870 a la que asistieron Cosme Campillo, Jorge Huneeus, José Bernardo Lira, Antonio Varas y Francisco Vargas Fontecilla, propuso Varas, Antonio, el siguiente precepto en sustitución del anterior: "Requeridos en forma legal no podrán excusarse de ejercer su autoridad por falta de lei que decida la contienda, ni por deficiencia u oscuridad de la lei que existe".

Aceptada por la comisión, en general, esta indicación, Cosme Campillo expuso, según reza textualmente el acta, "que convenía decir "*ni aún por falta de ley*" en lugar de "*por falta de ley*", indicándose con la negación "*ni aún*", que tampoco podrían excusarse los tribunales de conocer en asuntos de su competencia por otros motivos que los previstos en el artículo".

En la sesión del día 15 de octubre de 1870, José Bernardo Lira presentó, redactado en la forma con que se consignó en definitiva en el artículo 9º de la Ley Orgánica de Tribunales de 1875, la disposición que nos ocupa, reiterada después en el artículo 10 del Código Orgánico de Tribunales de 1943 en términos idénticos y actualmente vigente, elevado después en 1980 a rango constitucional con la extensión antes referida.

VII. POSIBLES FUNDAMENTOS DOCTRINALES DEL CAMBIO DE POSICIÓN EN EL PRINCIPIO. DE LA EXCUSABILIDAD A LA INEXCUSABILIDAD

Estimo que como guía importante en materia procesal en el acontecer jurídico patrio está el pensamiento de don Manuel Egidio Ballesteros. En su obra "Ley

¹² Artículo 6 del Código Civil de España.

Orgánica de Tribunales”, comentando los antecedentes y preparación del precepto contenido en el artículo 9, expresa: “Podría creerse a primera vista que el juez sale del círculo de sus atribuciones cuando juzga sin que haya ley aplicable al caso, puesto que su ministerio consiste en aplicar la ley y cuando juzga, en el silencio de la ley, parece ser él quien hace la ley al mismo tiempo que la aplica. ¿No será en tal caso más conforme a la división de los poderes públicos que el juez señalase al legislador la laguna que existe a fin de que éste la colmara? En el antiguo régimen... el juez, antes de pronunciarse sobre la cuestión que le parecía insoluble, a causa de la ambigüedad o de la insuficiencia de la ley, debía dar cuenta al poder legislativo...”. Los magistrados abusaron de esta disposición, y con el pretexto de buscar la interpretación de la ley, suspendían el curso de la justicia y delegaban en cierto modo el ejercicio del poder judicial en el poder legislativo. Recordando lo expresado por Portalis en su Discurso preliminar al Código Civil¹³ francés, Manuel Egidio Ballesteros señala: “Leyes dictadas sobre asuntos privados son sospechosas de parcialidad... porque deciden sobre una demanda no según las reglas que las partes conocen sino según una regla hecha para el caso, regla que las partes ignoraban, y que a saberla, no habría tal vez contratado”.

Reconoce Ballesteros que el deber que tiene el juez de fallar aunque no exista ley no está exento de peligros y que esta obligación, en cierto modo, importa una atribución legislativa, siendo éste —entonces— un punto de contacto entre el poder judicial y el legislativo. Pero, apoyando el nuevo principio, finalmente señala que “aunque el juez cree la regla que aplica no ejerce propiamente el poder legislativo, porque su sentencia no tiene jamás el efecto de una ley” y no obliga a terceros ni a la sociedad conforme lo establece nuestra legislación nacional¹⁴.

Conclusiones

1. El principio más largamente imperante en el devenir jurídico hispánico —como precepto de carácter general consagrado en la legislación oficial emanada del Estado— ha sido, hasta la pasada centuria, el de excusabilidad del juez en defecto de ley. Salvo excepciones tópicas, el principio procesal consagrado en los cuerpos medievales y modernos es el de jurisdicción de derecho o jurisdicción legal, principio que, vinculado a las tendencias legalistas absolutistas de la época medieval y moderna, busca excluir, en el ámbito de la función jurisdiccional, todo criterio de solución, todo precepto o norma que no emane o se regule desde el poder real.

2. Los fundamentos histórico-jurídicos del principio de excusabilidad del juez —que en verdad obtiene una reiteración milenaria en el devenir jurídico hispánico a partir del Libro de los Jueces (654 d.C.)— secularmente van sustentándose por motivaciones histórico-jurídicas que reconocen un común denominador: la tendencia a resumir el Rey en sí todos los poderes del Estado. Pero la teleología o fin con que se ejerce así el poder en el ámbito de la admi-

¹³ En el artículo 4, el Código Civil francés de 1804 puso fin al régimen de los “rescriptos” que provenía de la legislación romana; “Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l’obscurité ou de

l’insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice”.

¹⁴ BALLESTEROS, MANUEL EGIDIO, Ley Orgánica de Tribunales, Imprenta Nacional, Santiago de Chile, 1890, pp. 127-132.

nistración de la justicia es diferente, según se observe la vivencia del principio de excusabilidad en la temprana o en la Baja Edad Media.

A) En una primera fase que va desde el Liber al Ordenamiento de Alcalá de Henares (654-1348), la motivación histórico-jurídica que parece conducir más claramente a la consagración del principio de excusabilidad es —a nivel oficial— el expreso rechazo del elemento consuetudinario, de la costumbre. Así, en el Liber no se le da ninguna cabida, pues se prohíbe expresamente que se use por los jueces otro derecho que el contenido en él.

B. En una segunda fase que va desde el Ordenamiento de Alcalá de Henares hasta la era de la codificación hispánica y latinoamericana (siglos XIV al XIX), se reitera el principio de excusabilidad del juez; pero esta vez la motivación histórica que aparece como predominante para innovar en el milenar precepto la entendemos constituida fundamentalmente por la necesidad de oponer un frente a la doctrina romanista del *ius commune*.

3. En el derecho chileno republicano, a partir del movimiento codificador de la pasada centuria, se ha operado un cambio trascendental, al que tampoco es ajena la España contemporánea.

Probablemente con gran presencia de las nuevas ideas de la separación de los poderes y de la confianza e independencia que se le confiere al poder judicial en las cartas constitucionales que suceden al antiguo régimen, logra una consagración muy clara el principio de inexcusabilidad que obliga al juez a fallar aún en silencio, obscuridad e insuficiencia de la ley. Pero también parece estar fuertemente sustentado este principio en una clara tendencia del alma jurídica de la época actual: en aquella que entiende que la búsqueda del criterio de solución justo no es tarea exclusiva del legislador, y que constituye también una facultad y un deber de todos los juristas; y entre éstos, indudablemente, del juez.