

ALEJANDRO GUZMAN BRITO - CARLOS I. MASSINI -
BERNARDINO MONTEJANO (h.) - JULIO E. SOLER
MIRALLES - RODOLFO L. VIGO (h.)

LA FUNCIÓN JUDICIAL

Prólogo del doctor ABELARDO F. ROSSI

Depalma

LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL EN LAS CONCEPCIONES CLÁSICA, MODERNA Y CONTEMPORÁNEA

por ALEJANDRO GUZMÁN BRITO

Se me ha invitado a escribir sobre la jurisdicción en las concepciones clásica, moderna y contemporánea¹. Se trata de un tema magno por sus implicancias y sus proyecciones, que fuera temeridad pretender siquiera agotar en el breve espacio de este trabajo. Ante tal magnitud he optado por contraerme a uno de los más importantes aspectos de la función jurisdiccional, cual es el de la sujeción del juez a lo que provisionalmente llamaremos "criterios positivos de enjuiciamiento entregados desde afuera", como es, p. ej., la ley. Lo he elegido porque, fuera de su importancia intrínseca, en virtud de él nos será posible explorar varios otros aspectos relevantes de esa función.

Debo advertir que mi exposición, por provenir de un historiador del derecho, será precisamente histórica. La historia jurídica tiene la insustituible función de hacernos comprender mejor el derecho por el cual hoy nos regimos, pero también de proporcionarnos elementos para su crítica. Si, además, nos da pautas para su re-

¹ Las notas sólo buscan dar una guía mínima al lector no-especialista, por lo cual me he limitado a ofrecer literatura en lo posible en idioma castellano y accesible a dicho lector.

forma, eso es más discutible, porque aunque es falso que la historia no se devuelva hacia lo bueno y lo malo del pasado —desgraciadamente, por regla general, más hacia lo malo—, no siempre los retornos dependen de nosotros. En todo caso, queda ahí la experiencia histórica, siempre insinuante —mi deseo es precisamente insinuar, no aleccionar—, siempre fértil, siempre productiva.

I. Posiblemente con la excepción de las épocas más arcaicas, de aquellas de formación del derecho en las distintas sociedades, siempre se ha considerado que el juez debe estar ligado a criterios positivos previamente entregados. Podría afirmarse, además, que incluso en las épocas a que acabo de referirme, también se ha exigido una suerte de vinculación del juez a tales principios, como suelen ser las costumbres, los *mores maiorum* del más antiguo derecho romano. Aquí, en todo caso, dejaremos a un lado esos tiempos que corresponden a estados incipientes del proceso de formación de los derechos.

Se diría que existe como un miedo social a la libertad absoluta de los jueces, que los grupos humanos no soportan la idea de que sus relaciones jurídicas, sus actos, sus personas, sus bienes queden entregados a una suerte de discrecionalidad de parte de aquellos sujetos u órganos llamados a juzgar en caso de conflictos o de situaciones socialmente consideradas como merecedoras de sanciones. Suetonio, el biógrafo de los emperadores romanos, nos narra que Calígula quiso en una ocasión abolir la ciencia de los juriconsultos romanos y mandar que en adelante no se pudiese dictaminar sino con base en la equidad.² Y esto constituía en sus labios una amenaza, una de sus tantas locuras. En los corredores de los parlamentos franceses, o sea, las altas cortes de justicia del antiguo régimen, era máxima corriente decir:

² Suet., v. C. Caes. 34.

"Dios nos guarde de la equidad del parlamento"³, y cuando Francisco I conquistó Saboya, los habitantes acordaron solicitar al rey que no permitiera que los tribunales fallasen las causas con base en la equidad.⁴

Con estos ejemplos quiero ilustrar la idea antes expresada, de esa especie de "miedo social" a la desvinculación del juez respecto de criterios positivos extrínsecos.

El problema consiste en saber qué concepto se han formado las distintas sociedades acerca de esos criterios con los cuales han querido regular el juicio del juez. ¿Han pensado en lo mismo los romanos, los medievales, los modernos? Y todos ellos, ¿lo mismo que nosotros, en donde el grado de sujeción judicial ha llegado a su más alta expresión, como en su momento veremos?

Por cierto no ha sido así. Cada pueblo, cada sociedad, cada época, ha visto la idea esencial de la vinculación del juez a un principio externo, de manera diferente, sea porque sus concepciones jurídicas generales, sea porque sus realidades sociales fueron peculiares y distintas.

II. Cuando el derecho romano insinúa el principio de la vinculación judicial⁵, tiene presente las siguientes peculiaridades de su modo de ser: a) que el derecho civil es un producto primordial de la actividad de los

³ Lo recuerda C. Le Caron. *Responses et décisions du droit français*, lib. 4, cap. 4, resp. 77.

⁴ Así, F. Comnan, *Comm. iuris civilis*, lib. 1, cap. 11, núm. 7.

⁵ P. ej.: Digesto, 1.3.11 (Juliano, lib. 90 de los Digestos): "Por esto, una vez establecido el derecho, se ha de determinar éste con más certeza mediante interpretación o mediante constitución del óptimo príncipe". La interpretación a que alude Juliano es, naturalmente, la de los juristas; la constitución del emperador son los rescriptos imperiales, que en el fondo hay que asimilar a las respuestas interpretativas de la jurisprudencia.

También podría darse Dig., 1.3.13 (Ulpiano, lib. 1 del comentario al Edicto edílico): "Pues, como dice Pedro, cuantas veces se ha introducido por ley tal o cual cosa, buena ocasión es para suplir mediante la interpretación o bien, la jurisdicción, todo lo demás que tiende al mismo fin". Nuevamente aquí la interpretación es la de los juristas y la jurisdicción, el oficio del pretor, y no el del juez. Sobre todo esto, ver *infra*.

juristas, quienes lo crean y desarrollan mediante sus res-puestas o dictámenes⁶; b) que junto al derecho civil está la posibilidad de que el pretor, por medio de re-cursos procesales, establezca nuevas instituciones, ge-neralmente más progresivas y menos formalistas que aquellas del derecho civil⁷; y c) que la ley sólo en casos excepcionales, cuando se trata de definir materias que por su propia naturaleza no pueden depender de un dic-tamen jurisprudencial, como son, p. ej., los plazos; o cuando se trata de reprimir abusos socialmente dañinos (como es el exceso de intereses en los mutuos); o cuan-do se trata de establecer reformas cuya carga política y social impide también la intervención de los juristas o del pretor (como si se trata de una redistribución de tierras), sólo en este tipo de casos excepcionales, digo, suele intervenir la ley⁸.

Ciertamente la antigua Roma tiene presente el prin-cipio de subordinación del juez a la ley, sólo que este principio tiene un alcance muy distinto del que tiene, p. ej., entre nosotros. Y si el jurista romano, comentando cierta disposición de la ley *Italia de adulteriis*, pudo es-cribir "*durum est sed ita lex scripta est*"⁹, palabras éstas

⁶ Sobre el derecho romano como derecho de juristas: una buena sín-tesis en A. Fernández Barreiro, *El modelo romano del derecho de juristas*, en "Revista de Estudios Histórico-Jurídicos" (Valparaíso, Chile 1976), ps. 33-42.

⁷ Sobre la importancia del pretor: I. Merello, *La relación jurisprudente-pretor en la génesis del derecho romano clásico*, en "Semanas de Estudios Romanos" (Valparaíso, 1977), 1, ps. 137-148.

⁸ Sobre la función de la ley en el derecho romano: F. Schulz, *I prin-cipii del diritto romano* (trad. Arangio, Florencia, s.d.), ps. 5-15.

⁹ Dig., 40.9.12, pr. 1 (Ulpiano, lib. 12, De los adulteros): "Previo el legislador (o sea, el autor de la ley Julia) que no se eluda mediante la manumisión del esclavo que éste sea sometido a interrogatorio en forma del cual no es hecho manumitidos. Hando un plazo determinado dentro de la cual no es hecho manumitidos (1). Así, pues, se prohíbe que la mujer divorciada manumita en absoluto a cualquier esclavo o que lo enajene, pues las palabras de la ley son de que ni siquiera pueda manumitir o enajenar un esclavo que estaba alejado del servicio de aquella mujer o se hallaba en el campo o en una provincia y aunque esto es muy duro, así está escrito en la ley".

que los juristas del siglo XVI transformaron en el célebre aforismo "*dura lex sed lex*" (la ley es dura pero es la ley), pudo él escribirlo precisamente porque contaba con la realidad de su tiempo concerniente al carácter excep-cional de las intervenciones legislativas en el derecho. En otras palabras, tan raro era que se encontraran con leyes reguladoras de lo jurídico, que en los casos en que las hallaron se veían obligados a aplicarlas tal cual eran, porque presumían que los efectos que se siguen de su aplicación estaban específicamente queridos, previstos, ya que el legislador, al dictarla, tuvo en vista un fin muy concreto que aspiraba a producir y una realidad aco-tada del comportamiento ciudadano que aspiraba a mo-dificar. Y sí, por desventura, esos efectos no habían sido los verdaderamente queridos, eso es lamentable, pero la ley se aplica como viene escrita por dura que resulte. Para una próxima vez, que lo piense mejor el legislador. Esta actitud constituye incluso un modo de defenderse que tienen los juristas y jueces romanos frente a las in-tervenciones legislativas. Celosos ellos de su, por así decir, dominio sobre lo jurídico, como que son reacios a aceptar esas imposiciones potestativas que son las leyes, de modo que cuando se ven obligados a enfren-tarse con ellas, las interpretan estrecha y estrictamente, para impedir al máximo su esfera de acción. De esta manera se defienden ellos de las invasiones del poder público en el campo privativo de los juristas.

El juez romano, decíamos, debe enfrentarse mayor-mente con la ciencia de los juriconsultos y con el edicto del pretor; con este último, no directamente sino en virtud de la fórmula procesal, ese escrito redactado y sancionado por el magistrado en que van resumidos los datos de hecho y de derecho con base en los cuales el juez debe pronunciar su sentencia. Para entender bien esta manera de proceder, nada mejor que un ejemplo. Si Ticio ha esculpido una estatua de mármol de Caio, sin permiso de éste e ignorando ser ajeno el mármol,

he aquí que Caio pretenderá la estatua para sí. Se presentará ante el pretor, quien le concederá una acción especial promeñda en su edicto que es, naturalmente, la acción reivindicatoria, y después de debatidos los puntos de hecho y derecho, con el objeto de delimitar la controversia, enviará a las partes ante el juez con una fórmula redactada aproximadamente en estos términos: "Si resulta que, según el derecho civil, Caio es dueño de la estatua de la cual se trata, condena, juez, a Ticio a pagar a Caio tanto cuanto la estatua valga; si no resulta, absuélvelo". No entro en los problemas técnicos de por qué el derecho romano clásico no admitió la condena en especie y siempre aquélla era el valor de la cosa disputada, ni expongo otras cláusulas que la fórmula solía llevar. Para nuestros fines no interesa. Aquí se trata en esencia de que el juez debe verificar si Caio es o no dueño de la estatua: en el caso positivo, condenar a Ticio; absolverlo, en el caso contrario.

Al juez toca, naturalmente, establecer los puntos de hecho: ¿había un bloque de mármol perteneciente a Caio?; ¿esculpizó Ticio una estatua en ese bloque sin permiso de su dueño, ignorando ser ajeno? Lo que más nos importa, sin embargo, es cómo procede el juez para dilucidar la cuestión de derecho: La estatua esculpida por Ticio con mármol de Caio ¿pertenece a este último? He allí una exquisita cuestión jurídica. Jamás hubo en Roma ley que resolviera el punto; éste fue objeto de las controversias de los juristas. Unos, los juristas de la escuela sabiniana, opinaban que el objeto nuevo especificado en materia ajena pertenecía al dueño de la materia. Otros, los juristas de la escuela proculyana, estimaban, en cambio, que pertenecía al especificante, al dueño del trabajo. Con posterioridad surgió una opinión media, que distinguía entre si la especificación es reversible, es decir, si el objeto especificado puede convertirse nuevamente en materia prima (como sería si la estatua fuese de bronce, pues en tal caso basta con

fundirla), caso en el cual el objeto nuevo pertenece al dueño de la materia; a sí, en cambio, es imposible retornar del objeto a la materia, como cuando la estatua es de mármol, evento en el cual pertenece al especificante¹⁰.

Así, pues, el juez era libre para elegir entre las opiniones de sabinianos, proculyanos y aquella media. Mientras los abogados de nuestro Ticio, que es el especificante, el demandado, defenderían la opinión proculyana que afirmaba la propiedad del dueño del trabajo o la media; los abogados de Caio, el demandante, el dueño del mármol, defenderían la opinión sabiniana. El juez tendrá la última palabra y en definitiva pronunciará su sentencia conforme a la opinión que creyere más justa en el caso concreto, mejor apoyada por los juristas de más autoridad y mejor defendida por los abogados. Tenemos, pues, al juez ligado, pero de manera muy especial. En primer lugar, a la fórmula; pero la fórmula se circunscribe a dar al juez los datos de hecho y derecho en cuanto delimitadores de la controversia; el pretor se limita a decir al juez: analiza tú la cuestión de la propiedad, y no otra, porque otras posibles cuestiones de discusión ya he ponderado yo si merecen debatirse y he desechado todo aquello que no debe discutirse e incluido en la fórmula todo aquello que sí lo merece. Pero nada en la fórmula prejuza acerca de la cuestión que el juez debe decidir.

En segundo lugar, ligado al derecho de los juristas. Pero el derecho romano, por ser precisamente un derecho de juristas es fluido, descentralizado, es un derecho de opiniones, de controversias, entre las que el juez debe saber discernir la más justa, la más adecuada. Ligado está, pues, al derecho de juristas como un todo, pero no a tal o cual opinión en concreto.

¹⁰ Narra la controversia Gayo, *Institutiones*, 2, 79, y Dig., 41.1.7.7 (Gayo, libro 2, De las cosas cotidianas); Inst. de Justiniano, 2.1.25. Sobre la opinión media, Dig., 6.1.5.1 (Ulpiano, libro 16, Al edicto).

Lo que sí no le está permitido es fallar conforme a la equidad. Si el juez no ve claro el problema de hecho o no encuentra una solución que le parezca justa de entre aquellas debatidas por los juristas, entonces su sentencia será un "*non liquet*"; jurará no ver clara la cuestión, jurará no parecerle suficientemente ligada, ante lo cual se designará otro juez.

El derecho romano deja gran libertad al juzgador, pero se detiene en el confin sutil y tenue que separa al derecho establecido del no-derecho. El romano sabe que muy sabio habrá podido ser Salomón, pero su sentido práctico le habría hecho preguntarse qué hubiera sucedido si la verdadera madre del niño disputado hubiera callado ante la sentencia del rey que ordenaba dividirlo entre las litigantes o si, lo mismo que la verdadera madre, también la falsa hubiera implorado al rey no dividirlo. Nuestro juez no ordenará dividir la estatua ni venderla para repartir el precio. Él tiene ante sí un vasto campo de derecho que aplicar, derecho controvertido, consistente en diferentes opiniones frente al problema de saber qué es lo exactamente justo en el caso de la atribución de la propiedad de un objeto específico; todo esto es cierto; pero se trata de derecho al fin y al cabo, que él es llamado a concretar en ese litigio, a convertirlo de *ius controversum* en *ius certum*. Si no puede, entonces, ya se nombrará otro juez que quizá lo haga mejor.

Si nosotros tuviéramos que resumir la posición del juez romano en relación con su vinculación a criterios no dependientes de él, tendríamos que expresar que ese juez está sometido al derecho, fórmula, ésta, que dicha sin un contexto parecería una trivialidad a los oídos modernos, porque la escuchamos repetir todos los días respecto de nuestros propios jueces; pero que adquiera todo su sentido pensando que en Roma, derecho no significa ley, sino criterios jurisprudenciales sobre lo

justo, que no ligan propiamente la voluntad sino más bien la razón.

III. Pasemos ahora a una concepción diferente, la medieval, propiamente, a aquella debida a los juristas del derecho común, glosadores y posglosadores, quienes, como es sabido, han tomado como materia propia de su estudio el derecho romano compilado en esos libros —el Digesto, el Código y las Instituciones—, conocidos en conjunto con el nombre de *Corpus Iuris Civilis*¹¹. También el derecho medieval partió de la base de una sujeción del juez a criterios independientes de su propio pensar. Incluso más, para ellos esos criterios estaban contenidos en la ley. Así dicho, pues, nos sorprenderíamos de ver a los medievales en una postura tan cercana si no igual a la nuestra. Pero ya he expresado que las concepciones de cada época son las que determinan el contenido de una terminología, por similar que ella sea a la de otras épocas diferentes.

La ley para glosadores y posglosadores es precisamente el *Corpus Iuris*. En efecto, los distintos libros que componen esta obra habían sido promulgados con carácter legislativo por el emperador romano-bizantino Justiniano en el siglo VI; y como para los juristas de Bolognia el actual emperador romano germánico era sucesor directo de Justiniano, he ahí que una ley de éste continuaba vigente en el nuevo imperio medieval.

Pero debemos analizar el verdadero carácter de esa ley. Como es sabido, el más importante libro integrante del *Corpus Iuris*, o sea el Digesto, no es otra cosa que una antología de escritos de la jurisprudencia romana clásica. Propiamente hablando, el Digesto es un gran monumento de derecho de juristas, ni más ni menos como si un legislador moderno compusiese una gran

¹¹ En mi trabajo *Mos gallicus y mos italicus*, en "Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso", 2, 1978, se encontrará una exposición relativa al derecho de glosadores y comentaristas.

obra sobre la base de una selección de escritos de los más afamados juristas del mundo y lo promulgase como ley. En importancia sigue el Código de Justiniano; pero ese código es en su gran mayoría una compilación de rescriptos imperiales, o sea, de respuestas dadas por el emperador a consultas de particulares sobre casos jurídicos, en las cuales el emperador, en todo caso asesorado por su consejo de juristas, actúa no como legislador sino como hombre dotado de saber jurídico, como actuaban los mismos juristas. Y finalmente están las Instituciones, que no son sino que una readaptación del texto de estudio elemental de derecho compuesto por el jurista del siglo II, Gayo. Se trata, por tanto, también de un libro de doctrina.

Así se explica, pues, el peculiar legalismo de los juristas medievales. El juez permanece ligado a la ley, pero esa ley es un cuerpo de derecho preferentemente jurisprudencial. En el naturalmente encontrará el juez un ancho ámbito de posibilidades, porque es nada menos que todo el secular trabajo de juristas y emperadores sobre los problemas acerca de lo justo y lo injusto el que se halla encerrado en esos voluminosos libros, que se conserva bajo sus formas originales, es decir, principalmente como discusión de casos concretos y exposición de opiniones.

Pero también los medievales han sentido el miedo social a la desvinculación del juez frente al derecho y le han prohibido recurrir a la equidad. Son ellos, por lo demás, quienes mejor han analizado el problema y han dado las razones de este temor.

Los juristas medievales, desde muy antiguo, habían distinguido dos conceptos fundamentales: la *aequitas nondum constituta* y la *aequitas constituta* o *ius*. Esta terminología supone naturalmente el concepto de equidad, que ellos definían al modo ciceroniano como una adecuación de las cosas, que todo lo equipara y que en casos iguales exige igual derecho. Esta equidad, que

se descubre, por tanto, mediante el análisis de las cosas mismas, pues va insita en su naturaleza, puede no estar aún constituida, permanecer en estado bruto, rudo como ellos decían, sin una elaboración; o bien, al contrario, puede estar ya constituida, elaborada, trasformada en derecho, formulada como criterios discernibles de lo justo e injusto en cada caso, es decir, contenida en el *Corpus Iuris*.

El juez debe aplicar la equidad constituida o derecho. Pero, ¿qué sucede si se presenta un conflicto entre el derecho y la equidad ruda? ¿Qué sucede en el caso de un derecho inicu? ¿Podrá el juez preferir una solución de equidad por sobre la del derecho constituido? en otras palabras, ¿podrá el juez trasformar la equidad ruda en equidad constituida? Esto la mayoría de los glossadores y los posglossadores no lo han aceptado. Para ellos el único que puede explorar los campos de la equidad ruda es el emperador, o sea, el legislador, el autor, formal al menos, del *Corpus Iuris*, que es donde se contiene el *ius*, la equidad constituida. Pero en caso de conflicto entre ésta y la equidad ruda, el juez, pues, debe preferir el derecho. ¿Por qué? Porque la equidad de un solo hombre, que no está exaltado especialmente por sobre los demás, hombres a modo de gobernante, corre el riesgo de no ser nada más que una equidad cerebral, como ellos decían, extraída de su cerebro, una alucinación; una equidad sacada de *corde suo*, de su corazón; *ex ingenio suo*, de su ingenio; corre el riesgo de ser una equidad bursátil, extraída de su bolsa particular, de debajo de su manga diríamos hoy ¹².

Ésta fue la teoría que rigió la actividad del juez medieval. Digo la teoría porque en la realidad histórica también el derecho romano medieval fue un derecho de juristas. Sólo idealmente el *Corpus Iuris* era la ley aplicable; pero prácticamente las inmensas dificultades de

¹² Sobre el carácter de derecho de juristas del derecho medieval: L. Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale* (Milán, 1967).

estudio que ese cuerpo presenta lo hacían directamente inaccesible, si no hubiera contado con un intermediario. Estos intermediarios fueron glosadores y comentaristas. Así, el derecho que un juez medieval tenía directamente ante su entendimiento no eran tanto los textos del *Corpus*, por así decir, en estado puro, sino la interpretación de los juristas, y era ésta la que el juez usaba para dirimir los litigios que conocía.

El problema que todo sistema de juristas presenta, cual es el de su descentralización, heterogeneidad y fluctuación, lo resolvieron los medievales mediante el mecanismo de la *communis opinio doctorum*, la opinión aceptada por todos los juristas o por los más autorizados; y la sujeción del juez a la ley imperial del *Corpus Iuris Civilis* quedaba, así, reconducida a su sujeción a la *communis opinio*¹³.

Por otra parte, el sentido práctico de los juristas medievales les hacía ver que la solución que ellos habían dado al problema del conflicto entre derecho y equidad, según la cual ese conflicto sólo podía ser salvado por el emperador, era en realidad inviable. Salvaron ellos sus escrupulos políticos declarando que esa solución se debía aplicar si el emperador estaba presente en el litigio en que tal conflicto se había presentado, lo que equivalía en el fondo a dar las espaldas a la solución misma. Por tal razón, ellos terminaron por introducir entre los conceptos polares de equidad ruda y equidad constituida o derecho, un tercer concepto, que en fin llamaron "equidad escrita". Con esta expresión entendían ellos los recursos jurisdiccionales de que había sido autor el antiguo pretor romano, sobre los cuales, natu-

¹³ Para este tema, de la literatura existente selecciono: E. M. Meijers, *Le conflit entre l'équité et la loi chez les premiers glossateurs*, en "Tidschrift v. Rechtsgeschiedenis", 17 (1941), ps. 117-135; M. Boulet-Sautel, *Équité, justice et droit chez les glossateurs du XIIIe. siècle*, en *Recueil de mémoires et travaux publiés par la Société d'Histoire du Droit et des Institutions des Anciens Pays de Droit Ecrit*, 2 (1951), ps. 1-11.

ralmente, hay muchas referencias en el *Corpus Iuris*, que el juez entonces podía aplicar aun en los casos no previstos originalmente, para paliar alguna solución dura de los textos. Para esto, los medievales habían tenido en cuenta que el derecho del pretor romano, como antes dijimos, normalmente era un medio más progresivo, más flexible que el derecho civil de los juristas: a ese género pertenecían instituciones como la *in integrum restitutio* o las acciones *in factum*, recursos, éstos, destinados a sancionar situaciones no previstas o estrechamente previstas por el derecho civil. Si para éste, p. ej., el engaño sufrido por una persona en un acto jurídico cualquiera no contaba, he ahí que el pretor podía rescindir los efectos de ese acto doloso y volver las cosas a su estado anterior. Al uso de esos recursos llamaron los juristas medievales equidad escrita: la llamaron equidad porque eran expresiones del principio que todo lo equipara y que en casos iguales reclama iguales derechos. ¿Por qué, pues, si en el *Corpus Iuris* ese tipo de recursos aparecían tratados respecto de los casos para los que históricamente nacieron en la antigua Roma, un juez medieval no iba a aplicarlos a nuevos casos que los antiguos romanos no pudieron prever, pero similares en su estructura esencial? Y los llamaron escrita porque no se trataba de esa temida equidad cerebrina o bursátil, subjetiva, sino de una equidad prevista por la ley, escrita en ella, ya que consiste en medios contemplados en el *Corpus Iuris* mismo¹⁴.

IV. Llegamos así a una tercera concepción: la del moderno y contemporáneo Estado nacional-liberal-parlamentario. Como es sabido, una preocupación fundamental de esta concepción fue encontrar la forma mejor de garantizar la libertad. En cierta medida sus teorías han nacido como reacción al Estado absoluto. Bajo el imperio de esta última forma de Estado, las tres fun-

¹⁴ Vid. la literatura citada en n. 13.

ciones que ya Aristóteles había señalado como propias de toda organización política, a saber, la gubernativa o ejecutiva, la legislativa y la jurisdiccional, estaban concentradas en mano del soberano monarca. Como el concepto de libertad que el racionalismo liberal se había forjado no coincidía con el concepto de libertad imperante en los tiempos del antiguo régimen, negó aquél que bajo dicho régimen aquélla realmente existiera y atribuyó esta falta de libertad precisamente a la indivisión de los poderes. Postuló, en consecuencia, una estricta separación, como única manera de asegurar la libertad, la libertad del liberalismo, claro está. Uno debía ser el órgano formulador de las leyes; otro su aplicador en el caso normal; y un tercero su aplicador en el caso de conflictos. El concepto central de esta construcción es la ley; todo gira en torno de quien hace algo con ella. Y es que el liberalismo en esto, como en tantas otras cosas, fue heredero del mismo antiguo régimen que destruyó.

El antiguo régimen, en efecto, había terminado por convertirse en un Estado legislativo. Sólo que esa legislación, por regla general, se mantuvo en el ámbito de la cosa pública, ya que el derecho privado del antiguo régimen siguió discuriendo hasta sus últimos días por los cauces del sistema de juristas del derecho común. Se puede señalar ejemplos de intervenciones legislativas en el ámbito del derecho privado bajo Luis XV con sus ordenanzas sobre materias sucesorias, pero siempre se tratará de casos aislados. La legislación de las antiguas monarquías fue esencialmente publicística. El racionalismo liberal exageró la medida y llegó a convertir la ley, cual expresión de la voluntad soberana, en única fuente del derecho. Con ello fatalmente tenía que alcanzar al mismo derecho privado.

Los antiguos soberanos habían, además, afirmado reiteradamente el monopolio de la interpretación de la ley y defendido sus ordenanzas de todo intento de re-

adaptación por parte de los tribunales. También en esto la teoría liberal de la separación de los poderes fue heredera del antiguo régimen, al excluir por parte del juez toda posibilidad de interpretación, llegando, incluso, hasta exigir en caso de ley oscura o lacunosa una remisión de la causa a las asambleas legislativas, quienes serían las encargadas de dar la solución clara y precisa reclamada por la situación litigiosa¹⁵. Esto ciertamente nos recuerda la postura de los medievales que antes hemos discutido; sólo que el liberalismo hablaba, por así decir, en serio. Y, en todo caso, la exclusión de la interpretación de la ley era afirmada para una ley de nuevo cariz, para una ley continente de derecho privado, que regula la libertad de los particulares, no para la ley del antiguo régimen, expresión de gobierno soberano de la *res publica*.

El dogma de la sujeción del juez a la ley ha cobrado toda su extensión e importancia prácticas en la época que nace con la revolución francesa. Digo toda su importancia y extensión, porque habiendo llegado a convertirse la ley en fuente suprema del derecho público y privado, esa sujeción implicó que toda la materia jurisdiccional quedó entonces sometida a unas prescripciones potestativas emanadas de asambleas parlamentarias. La

¹⁵ Se trata de la ley del 24 de agosto de 1790, tit. 2, art. 12, dictada en plena Revolución Francesa, con la que se establece el llamado *référé obligatoire*, o sea, la remisión de los puntos dudosos al legislador por parte del juez, para la decisión de aquél. En verdad, sería interesante hacer la historia de esta institución, que se remonta a Justiniano, en cuya constitución *7 ante 21*, promulgadora del Digesto, se lee: "Mas, si, como se ha dicho, algo pareciera ambiguo elevase por los jueces ante la majestad imperial y declarase por la autoridad del príncipe, que es el único a quien está permitido hacer las leyes e interpretadas". Un principio así corresponde al estado tardío de la evolución del derecho romano, en que el emperador se ha constituido en fuente suprema del derecho. Ya vimos que dicho principio ha regido teóricamente durante toda la Edad Media, si bien prácticamente no tuvo aplicación. Durante el antiguo régimen vuelve a aparecer en el Código prusiano de 1797, parágrafos 47 y 48. La citada ley de la Revolución fue reemplazada por el art. 4 del Código Napoleón que obliga al juez a dar sentencia sin poderse negar a ello a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley.

sujeción del juez romano a la ley, insignificante por la escasa importancia de la ley como creadora de derecho; la sujeción del juez medieval a la ley, pero en realidad a una ley que contenía derecho de juristas y que era interpretada por juristas, fue reemplazada por una sujeción a una ley totalizadora, ley en el sentido moderno de la palabra.

El siglo XIX vio nacer una escuela que hizo de este dogma el centro de su actividad: la escuela de la exégesis. "Los códigos —dice Laurent— no dejan nada al arbitrio del intérprete; éste no tiene ya por misión hacer el derecho: el derecho está hecho. No existe incertidumbre, pues el derecho está escrito en textos auténticos. Pero para que los códigos presenten esta ventaja, es preciso que los autores y magistrados acepten su nueva posición. Con gusto diría que deben resignarse a ella. . . . Su única misión consiste en interpretarlo. . . . A ellos no les toca el trabajo de legislar, sino al poder legislativo. La consecuencia es evidente: haciendo el derecho, los autores y los magistrados usurparían al poder que la nación soberana ha investido con esa atribución"¹⁶. "Para el juriconsulto, para el abogado, para el juez —escribe Mourlon—, sólo un derecho existe, el derecho positivo. . . . Se define como el conjunto de leyes que el legislador ha promulgado para reglamentar las relaciones de los hombres entre sí"¹⁷. Citas similares podrían repetirse¹⁸. Este respeto idolátrico a la ley condujo a la pérdida de la rigurísima e inagotable ciencia jurídica anterior, pero no fue capaz de reemplazarla por una nueva ciencia jurídica, que no fuera la mera exégesis de los textos legislativos. Sólo a fines del siglo XIX comenzó la reacción, pero como toda reacción, en algu-

¹⁶ Cit. por J. Bonnetcase, *La escuela de la exégesis en derecho civil* (trad. Calica, México, s.d.), p. 141.

¹⁷ Cit. por Bonnetcase (n. 16), ps. 159-160.

¹⁸ En general, sobre la escuela de la exégesis: *vid.* la obra de Bonnetcase cit. *supra* en n. 16.

nos casos condujo a los extremos opuestos. A tanta esterilidad había conducido el método basado en la exégesis de unos textos impuestos, que pretendióse la absoluta libertad de los jueces para juzgar, más que de recho, puros intereses, y se reivindicó incluso la búsqueda libre de toda imposición. Con todo, el legalismo del siglo XIX aun ha tenido en nuestra época sus fuerzas para llegar a su máxima expresión teórica y, trasfor- mado en normativismo, ha encontrado en Kelsen su más alto exponente¹⁹.

V. De estos rápidos trazos históricos, con los cuales he querido ilustrar ante ustedes tres concepciones distintas sobre el problema de la sujeción del juez a principios extrínsecos, podemos remontarnos a algunas reflexiones.

Parece existir una suerte de consenso acerca de que el juez no es factor creador del derecho. Hemos asistido a una constante histórica consistente en impedir que el juez se salga del derecho establecido, cada vez más vigorosa a medida que avanzamos en el tiempo. Por cierto, ello ha sido causa directa de que el derecho, como todas las ciencias, también se desarrolla históricamente y, así como más libre fue Aristóteles para reflexionar filosóficamente, porque no tenía detrás de sí una tradición secular con la cual contar, y menos libres, en cambio, son los filósofos modernos, que en cambio sí tienen una enorme tradición anterior; así también más libres eran los romanos que estaban creando el derecho científico; menos los medievales que recibieron el derecho producto de esa creación; menos aún los modernos, que amén del romano recibieron la obra de los medievales y de sus sucesores inmediatos. Naturalmente, más podía decir, p. ej., sobre usufructos y servidumbres un romano

¹⁹ Acerca de modernas tendencias en reacción a la exégesis, puede verse: K. Larenz, *Metodología de la ciencia del derecho* (trad. Giambonati, Barcelona, 1966); A. Hernández Gil, *Metodología de la ciencia del derecho* (Madrid), 3 vols.: 1-2 (1971), 3 (1973).

que lo que puede decir un jurista moderno, porque aquellos asistían a la elaboración de esas figuras y éstos las han recibido ya elaboradas. Éste es el sino de toda ciencia.

Pero ¿cuál es, no obstante, la gran diferencia entre el modo de enfrentar su sino los antiguos, e incluso los medievales, y el modo de hacer lo propio la época que vivimos? Precisamente éste: que mientras aquéllos concibieron su ciencia como un sistema abierto, que en definitiva correspondía al juez cerrado; nosotros la concebimos como un sistema cerrado que como tal es entregado al juez. El elemento que nuevamente juega aquí es la ley. La ley supone una decisión, un ordenamiento, es decir, la disposición de ciertos elementos — en este caso, los elementos jurídicos — en determinado orden. Pero al mismo tiempo es una decisión y ordenación potestativas vinculantes no de la razón sino de la voluntad. Decidida una materia jurídica por la ley, cesa toda posibilidad de búsqueda autónoma del verdadero sentido de la materia jurídica, y la ciencia se convierte así en búsqueda del verdadero sentido de la materia legal. La ciencia del derecho se transforma de conocimiento de realidades, de cosas, en conocimiento de mandatos, de normas. El derecho, sin embargo, es algo, en cierto modo, reacio a las normas²⁰. Y esta afirmación, que puede parecer muy sorprendente, está avallada, sin embargo, por una larguísima experiencia histórica durante la cual lo jurídico ha estado libre de las ataduras de la ley. Ya lo recordé a propósito de Roma. También a propósito del derecho medieval, en que la consideración del *Corpus Iuris* como ley fue tan sólo un recurso político para ayudar a su incardinación en la vida social del imperio, pero que en ningún caso podía esconder el verdadero carácter de ese cuerpo, a saber, ser primordialmente derecho de juristas, ni tampoco

²⁰ Sobre esto: A. D'Ors, *Una introducción al estudio del derecho* (2ª ed., Valparaíso, 1976); M. Villey, *Philosophie du droit* (2ª ed., París, 1978).

obstaculizar el nuevo trabajo emprendido por glosadores y comentaristas que dio origen a un derecho romano de nuevo cuño. El sistema formado por los juristas de Italia, el derecho común, persistió hasta fines del siglo XVIII y aun hasta entrado el siglo XIX en algunos países: he aquí entonces que el derecho legal es una realidad que apenas si llevará dos siglos en la historia. Esto, naturalmente, no significa que antes no haya habido leyes en sentido propio. Sólo significa que la legislación fue entendida para cumplir otras funciones y como teniendo por objeto algo distinto que el derecho. Ya en parte lo he dicho en relación con las funciones cumplidas por la ley romana. Su ámbito es la *res pública*, la organización de la vida política y social, no la regulación de los criterios sobre lo justo para dirimir conflictos entre partes en torno de bienes externos. Salvo cuando se hace necesario establecer regulaciones necesarias para producir cierta reforma de las costumbres. Allí ya no estamos en el campo del derecho, sino de la política. Ciertamente, el derecho en sentido propio no puede, p. ej., producir una redistribución de la propiedad inmobiliaria, porque el derecho en sentido propio parte de la base de propiedades ya atribuidas, desarrollando toda una serie de criterios para dirimir los conflictos que se suscitan entre los hombres con motivo de los intercambios que realizan. Cuando las costumbres o los hechos sociales introducen en el mecanismo del derecho abusos de relevancia social, entonces el poder público cree su deber intervenir y dictar regulaciones que imponen forzosamente una readecuación. Si, previa justísima indemnización, se expropiá tierras de unos para dárselas a otros, eso se hace no ante una insuficiencia del derecho, sino ante una insuficiencia en el espíritu de los hombres de la ley moral de la caridad, que obliga al desprendimiento y a no fundar nuestras vidas sobre la base de los bienes materiales que ha determinado una sobreacumulación de riqueza en pocas manos. No es

injusto, sino sólo contra la caridad, no repartir mis riquezas con los pobres, ni es injusto que haya ricos y pobres, salvo, naturalmente, cuando alguien llega a ser rico porque ha quitado lo suyo a otro ahora pobre. Con esta excepción, problemas de acumulación exorbitante y peligrosa de riquezas, que pueda amenazar a la sociedad y al Estado, no son jurídicos sino morales, políticos, económicos; y cuando las leyes morales se hacen insuficientes para resolverlos, entonces es otra clase de ley, la ley positiva humana, la que entra en juego, intentando restablecer un cierto equilibrio coercitivo en las costumbres, en los comportamientos²¹. Esta era la visión clásica y medieval de la ley, que determinaba su carácter excepcional.

Hoy día, sin embargo, la excepción se ha convertido en regla. El surgir de la cuestión social, la explosión de las apetencias de las masas, el ansia de novedades, el abandono de modos tradicionales de vida más sencillos y más humanos y racionales, ha convertido problemas puntuales de acumulación y desequilibrio económicos corregibles por breves y eficaces intervenciones legislativas, en problemas de toda índole concernientes a la sociedad toda, que han determinado la presencia constante de la ley para intentar resolverlos, y con ello el derecho ha tendido a dejar de ser el discernimiento de lo justo para transformarse en una planificación general, basada en criterios morales, políticos, económicos o sociales, cuyo instrumento es, naturalmente —no puede ser otro—, la ley.

VI. En tales circunstancias me parece a mí revisable la posición de los antiguos respecto del tema de la sujeción del juez a criterios extrínsecos, contando, por cierto, que hoy ese criterio es precisamente la ley.

²¹ Sobre el carácter moral de la ley: M. Villey, *Torah-Dikation*, I y II, ahora en *Critique de la pensée juridique moderne* (Paris, 1976), ps. 19-34 y 35-50.

Si los antiguos pudieron impedir al juez recurrir a la equidad ruda, era porque le ofrecían un espléndido sustituto: un derecho —no una ley— producto de discusiones entre juristas que intentaba reflejar de modo técnico la adecuación natural de las cosas entre sí. Eso que los medievales llamaban la equidad constituida, ofrecía un medio objetivo de controlar las sentencias: *in iudicando, a commune opinione nefas est recedere*, es ilícito apartarse de la opinión común al sentenciar, decían los medievales²², porque en esa opinión veían ellos no una imposición potestativa sino un ligamen racional.

Hoy día el problema ya no es controlar las sentencias de los jueces, porque debe reconocerse que la ley es un buen medio de hacerlo (protegida por el recurso de casación), ya que su firmeza permite, por así decir, calcular de antemano qué deben decidir los tribunales. Hoy nuestro problema es controlar la ley misma. ¿Qué garantía se nos ofrece de que antes de ser ésta económica, social, política, sea justa?

El derecho público liberal tiene ciertamente una respuesta: la constitución; pero ella es también una ley, y el problema vuelve a quedar en su formulación inicial, sin dejar de reconocer que hay bastante en las constituciones modernas que puede asegurar cierta justicia de las leyes, pero no por ser constituciones sino por ser prescripciones justas recogidas en constituciones. El problema general, sin embargo, subsiste: la experiencia enseña que ninguna constitución, ningún catálogo de garantías formales, es capaz de asegurar lo justo, ahí en donde una asamblea parlamentaria ha querido imponer prescripciones en criterios distintos del criterio de lo justo.

A mi modo de ver, la suprema garantía está en posular la sujeción ya no del juez —que siempre, por su-

²² Recuerda el principio medieval, con gran acervo de citas: J. de Zevaillos, *Speculum aureum opinionum communium contra communes, praefatio*, núm. 30.

puesto, seguirá subsistente— a la ley, sino la de ésta al derecho. Ello implica la distinción entre ambos conceptos y la exigencia de que la ley se adecue al derecho como expresión de lo justo. El juez puede, en mi opinión, juzgar a la ley, no sólo respecto de la constitución—lo que es hoy algo generalmente aceptado—, sino también respecto del derecho, aun fuera de la constitución. Porque si bien hoy ley y derecho se confunden, eso se debe a un error de óptica que nunca podrá esconder la realidad de ser ambas cosas algo muy distinto.

La distinción entre derecho y ley puede establecerse desde muchos puntos de vista; pero acaso el más fructífero para nuestro actual intento sea aquel consistente en un criterio histórico, adjetivo que recalco y pido que no sea confundido con historicismo. Es un grave error pensar que lo justo y el derecho dependen de circunstancias históricas; pero también es erróneo considerar que cada sociedad, cada tiempo, cada generación, cada hombre, están obligados a buscar lo justo desde la nada, prescindiendo de toda una tradición legada desde antes. En el derecho ocurre algo parecido a lo que sucede en otras ciencias: en las matemáticas, pongamos como ejemplo, que sin perjuicio de avanzar y desarrollarse con cada generación, acumulan como dato adquirido definitivamente para sí, los resultados de la indagación de generaciones anteriores. ¿Es que acaso han dejado de ser verdad las enseñanzas de Euclides? ¿Está obligado todo matemático moderno a recorrer el mismo camino que antes recorrió Euclides?

Cierto es que en el derecho contemporáneo se presenta una grave dificultad: la codificación, que implicó una legalización nacionalista de lo jurídico, ha determinado, por lo mismo, un "olvido coactivo" de la ciencia anterior y un "desechar coactivo" de la ciencia extranjera, frente al sistema precedente del derecho común, que era temporalmente acumulativo y espacialmente supranacional. Como contrapartida, la codificación vino a

implícitar la imposición de una "ciencia jurídica oficial", precisamente la acogida y resumida en los códigos (ya que éstos no son en buena medida más que una selección potestativa de los resultados a que había llegado la ciencia del derecho común, la escolástica, el humanismo y el jusnaturalismo). Hoy, pues, ya no podemos decir, como podían los antiguos, que disponemos de un derecho independiente de la ley, ya que el derecho depositado en una ley que son los códigos de derecho, y sería ilusorio—en las actuales circunstancias— pretender modificar tal estado de cosas. Por eso no cabe más que salvar aquello de lo cual disponemos, aunque sea sino un muy pálido reflejo del derecho: esos códigos representan hoy para nosotros lo que en otras épocas era el derecho, y pese a sus imperfecciones, sus lagunas, debemos defenderlos contra todo intento de sustituirlos por nuevas regulaciones que necesariamente quedarán basadas en leyes de nuevo cuño, inspiradas no en una ciencia anterior acerca de lo justo, sino en las ideologías de asambleas parlamentarias sobre la reforma de las costumbres, de los comportamientos.²⁸

Pero una vez reconocido esto, es necesario aun dar un nuevo paso adelante, consistente en el modo de considerar a esos códigos, esto es, como libros de derecho, y no tanto como leyes, que para el jurista representan un punto de partida, y no un objeto de llegada, un depósito de materiales con los cuales iniciar su reflexión sobre lo justo. En esta reflexión constructora de lo jurídico los juristas son libres de toda atadura que no provenga de las exigencias naturales del objeto de su estudio, pero no tienen necesidad de volver a recorrer caminos ya recorridos en el pasado o por sus contemporáneos. Se debe reconocer, así, todo un acervo de co-

²⁸ Sobre la defensa de los códigos y las condiciones que la empresa de unos nuevos debe cumplir: *vid. mi Fijación del derecho* (Valparaíso, 1977), espec., ps. 11-19, *passim*.

nocimientos sobre lo justo sin barreras temporales ni espaciales, que propiamente constituyen el derecho y que para el jurista tiene una especial validez, aunque no tenga vigencia legal. Los juristas de los países europeos que reivindicaban su independencia del imperio romano-germánico — como España o Francia — y que no podían aceptar, en consecuencia, la vigencia del derecho romano en ellos como ley, so pena de contradecir el principio político de independencia, decían, sin embargo, que ese derecho debía regir como una *ratio*,²⁴ y lo aplicaban, en definitiva, del mismo modo en que lo aplicaban los juristas y jueces de aquellas tierras sujetas al imperio — como Italia —, porque, decía Baldo — reconociendo la realidad, pese a su calidad de juristas del imperio —, la razón no se circunscribe a cierto lugar, sino que nace con el hombre universal²⁵. Así, pues, todo lo que de derecho no tenga vigencia potestativa en el territorio de una cierta sociedad, puede tener vigencia doctrinal, en cuanto "razón", y no se ve por qué ante los tribunales puede invocarse la opinión de un jurista nacional o incluso internacional contemporáneo, y no podrá invocarse la de uno antiguo, medieval o moderno, o la prescripción de una ley o un código extranjeros, en cuanto razón, en cuanto manifestación también de ciencia. Es eso lo que constituye el derecho y es eso, entre otras muchas cosas, lo que lo diferencia de la ley: su facultad para vincular la razón porque es ciencia, y no la voluntad, porque no es mandato.

Ahora bien, no hay derecho sino en cuanto una reflexión humana traduzca por escrito la adecuación natural de las cosas, adecuación que se llama lo justo o la equidad. El derecho es así el arte de lo justo o equitativo, que se va decantando, como ya hemos insistido,

²⁴ Vid. mi trabajo *Razón escrita*, en prensa en "Rev. de Estudios Histórico-Jurídicos", 4 (Valparaíso, 1979).

²⁵ Baldo, *In codicis libros comm.*, ad. lib. 7, tit. 45, *De sent. et interdic. om. iud.*, l. 13 *nemo*.

en el curso de los siglos y de las generaciones y los espacios.

VII. La mejor tradición filosófica siempre ha considerado inexistente la ley que contraviene lo que es justo o equitativo²⁶, lo cual, según lo antes dicho, implica la inexistencia de la ley que contraviene propiamente al derecho. La ley injusta, esto es, antijurídica, no es ley y, en consecuencia, no debe ser aplicada por el juez.

Esta injusticia de la ley, ya lo hemos dicho, no necesariamente implica una inconstitucionalidad en la medida en que las prescripciones de la constitución encauzadoras de la ley siempre serán más estrechas que las exigencias derivadas de aquello que es objetivamente justo. Así, pues, la ley puede ser injusta e inconstitucional, pero si es lo primero no necesariamente es lo segundo.

Para la doctrina tradicional de la ley bastaba la verificación de su esencia, que la veía en ser aquélla una ordenación de la razón encaminada al bien común, para llegar a la consecuencia de que la ley injusta, apartándose de esa esencia, no podía considerarse ley. Hoy día una doctrina así es resistida debido a las concepciones positivistas que rigen nuestros ordenamientos jurídicos. Para el *Código Civil de Chile*, p. ej., la ley es una declaración de la voluntad soberana que en la forma prescrita por la constitución manda, prohíbe o permite (art. 1). En esa definición queda acentuado el carácter volitivo de la ley — no su carácter racional — y puramente formal, pues exige nada más que su sujeción al procedimiento establecido en la constitución.

En estas circunstancias debemos hacer un esfuerzo para readaptar y revitalizar el antiguo principio. Por lo que al derecho chileno respecta, a mí me parece que la

²⁶ Santo Tomás (siguiendo a San Agustín), *S. Theol.*, 1.2, q. 95, a.2; 2.2, q. 60, a.3.

salida para el juez se encuentra en la vía de la interpretación. Si nosotros dejamos a un lado casos clamorosos y permanentes de injusticia en las leyes, que cuando se dan son signo de un trastorno total en el ordenamiento institucional de la sociedad y el Estado, cuya solución queda fuera de la constitución, a mí me parece que normalmente la injusticia de que una ley puede adolecer es algo oculto, que es necesario descubrir y cuya puesta en evidencia determina una necesaria oscuridad de la ley, cuando se la pone en relación con el resto del ordenamiento o simplemente con el derecho, aunque no sea éste el legal. Con ello la ley se hace objeto de esa interpretación distinta de la gramatical o verbal, que obliga a acudir a su *ratio*. Ya su intención o espíritu como la llama el *Código Civil de Chile* y en definitiva a los principios generales de la legislación y a la equidad natural.²⁷ Con ayuda de ambos, pues, el juez puede llegar a reajustar una ley demostrada injusta reconduciéndola a lo que es en sí justo. Incluso más, una tal interpretación podría llegar hasta descubrir una insuficiencia de ley o laguna, caso en el cual, conforme al *Código de Procedimiento Civil*, el juez chileno está autorizado, más que a interpretar según equidad, a fallar directamente según ella.²⁸

De este modo me parece a mí que el antiguo principio que sostenía no ser ley la ley injusta puede trasplantarse en este otro: la ley injusta es una ley oscura:

²⁷ C. C. chileno, art. 19: "Cuando el sentido de la ley es claro, no se desentenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestada en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento".

C. C. chileno, art. 24: "En los casos en que no pudiesen aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural".

²⁸ C. P. C. chileno, art. 170: "Las sentencias ... contendrán: n° 5: la enunciación de las leyes, y en su defecto de los principios de equidad, con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo".

y la consecuencia que del primero se extraía, a saber, la no aplicación de la ley injusta puede ser reemplazada por esta otra: la necesidad de interpretar la ley injusta para reconducirla a la justicia, en el entendido de que esa interpretación puede conducir, en algunos casos, a su no aplicación por la vía de demostrar la insuficiencia de la ley injusta para el caso de que se trate.

Se nos presenta, sin embargo, un problema. Esa equidad natural de que habla el *Código Civil de Chile* y los principios de equidad de que habla el de *Procedimiento Civil*, ¿significan esa equidad bursátil que tanto despreciaban los juristas medievales? Autorizaremos al juez para recurrir a un sentimiento subjetivo de justicia, a lo que a él le parece ser lo justo, creando así incertidumbre, no contribuyendo a proclamar ante la sociedad el derecho sino sólo un sentimiento privado, emotivo, cordial? No parece que debe ser así.

En mi opinión, esa remisión a la equidad natural y a los principios de equidad que hacen los citados códigos chilenos no son otra cosa que remisiones al derecho. Un estudio histórico de esas disposiciones podría demostrarlo, y aquí me limito a señalar someramente que el renvío a la equidad natural que hace el art. 24 del C. C. chileno tiene por fuente, según el mismo autor de ese código lo indica, el *Cours de Code Civil* de Delvincourt²⁹, el cual, en efecto, declara que en caso de leyes positivas mudas, oscuras o insuficientes, el juez las debe suplir, entre otras, por la equidad natural. Lo interesante es, empero, el ejemplo que de un caso así pone Delvincourt, que es el siguiente: según el art. 1426 del *Code Napoléon*, los actos realizados por la mujer sin el consentimiento del marido no obligan a la comunidad con-

²⁹ La edición usada por Bello es la de París, 1824, y se remite a su tomo I, p. 8, en la nota al art. 4 del *Proyecto de C. C. de 1833*, artículo, éste, que con modificaciones (las cuales, sin embargo, no afectaron la referencia a la equidad natural) pasó a ser el art. 24 del código promulgado en 1855.

yugal. Sin embargo, dice el autor, si aquel que ha contratado con la mujer no autorizada puede probar que la comunidad ha recibido provecho del contrato, si bien tal caso no está previsto por la ley, el juez debe declarar a dicha comunidad obligada al pago al acreedor y condenar al marido a ello. Enseguida Delvincourt agrega, no que eso lo hará el juez por equidad natural, si bien es esa expresión la que él comenta y ejemplariza, sino en virtud del principio *nemo debet locupletior fieri cum alterius detrimento* (nadie debe enriquecerse con detrimento de otro) sin hacer ninguna cita. Lo cierto, no obstante, es que ese principio incluso textualmente se encuentra en el Digesto³⁰.

En contra de lo que podría pensarse, pues, el recurso a la equidad natural en la fuente usada por Bello para esta expresión es un recurso al derecho romano. Pero esto no debe extrañarnos. Hay una constante tradición de cerca de cinco siglos, como vemos aún mantenida en un comentarista del *Code Napoléon*, que identificaba equidad, derecho natural, etc., con el derecho romano, en el sentido de ver en él la expresión histórica de aquellas categorías³¹. No debemos olvidar que para los juristas medievales y modernos el derecho por antonomasia era el romano, de modo que al proceder ellos a hacer dicha identificación, en el fondo no hacían otra cosa que reconocer algo que es de toda evidencia porque

³⁰ Los textos son Dig., 12.6.14 (Pomponio, lib. 21, ad *Sabinum*): "Pues es equitativo por naturaleza que nadie se enriquezca en detrimento de otro"; y Dig., 50.17.206 (Pomponio, lib. 9, *Ex variis lectionibus*): "Por derecho natural es equitativo que nadie se enriquezca en detrimento y con daño de otro". Dejamos aquí a un lado los problemas de trasmisión de estos textos, los cuales aunque van atribuidos al mismo autor, se presentan en el Digesto como sacados de obras diferentes. Lo importante es verificar que aunque el jurista romano diga que el principio del enriquecimiento sin causa es de naturaleza, o de derecho natural o equitativo, etc., los juristas posteriores, como Delvincourt, citan ese principio con base en las fuentes romanas, según se ha visto.

³¹ Sobre este tema, mi trabajo citado *supra*, n. 24. También mi escrito: *Derecho romano y equidad en F. Le Dueren*, en "Anuario de Historia del Derecho Español", 48 (Madrid, 1978), ps. 615-619.

emana del concepto mismo de derecho, según antes quedó expresado: éste no es otra cosa que el arte de lo justo y equitativo, consiste en una reflexión humana es- criturada sobre lo justo, sobre la adecuación natural de las cosas entre sí. En tal sentido, el derecho se confunde con lo justo y la equidad, es, como había dicho Santo Tomás³², la cosa justa misma (*ipsa res iusta*). Si, para los mencionados juristas, como dije, el derecho por excelencia era el romano, era lógico que vieran en él la reflexión escrita de la equidad y lo justo.

Hoy día nosotros con visión más amplia ya no diremos que sólo el derecho romano es un reflejo de lo justo, sin perjuicio de reconocer que cuando los antiguos así lo afirmaban decían algo muy verdadero. Por lo mismo, diremos que ahí cuando se manda al juez fallar conforme a la equidad se le está mandando fallar conforme al derecho; porque si el derecho, reflejo de lo justo, tiene para el caso de que se trate una solución, necesariamente el juez no fallará conforme a la equidad si no adopta dicha solución, y aunque él pretenda, no obstante, someterse a la equidad, lo que en realidad estará haciendo será basarse en un sentimiento privado y emocional de equidad sacado de su bolsa. Sólo si imagináramos un caso absolutamente inédito para el cual ningún libro de derecho del mundo diera una solución, lo que es bien difícil, sólo entonces podríamos pensar en dejar al juez inventar —y tomo esta palabra en su sentido etimológico: hallar o descubrir— una solución que en todo caso deberá ser fiel reflejo de lo justo o equitativo naturales, pasando así a constituirse en nuevo derecho declarado por ese juez.

Ésta es, pues, la vía y la limitación con que se encuentra un juez chileno sometido a un ordenamiento inspirado por concepciones positivistas, para superarlo y poder convertirse en juez de la ley cuando ésta es injusta.

³² Sto. Tomás, *S. theol.*, 2.2, q. 57, a. 1.

VIII. Para terminar quisiera matizar las tesis que hasta ahora he presentado porque no desearía ser mal comprendido. La posibilidad de un juzgamiento de la ley por parte del juez no implica una desobediencia a ella por principio. En verdad, la ley debe presumirse justa y equitativa mientras no se pruebe que lleva en sí injusticia o iniquidad. Éste es un principio político del más alto significado, porque de aceptar el contrario necesariamente se introducirían en las relaciones sociales la incertidumbre, la inseguridad y la subversión. Esta presunción, además, se basa en lo que debe ser la ley, a saber, precisamente una regulación potestativa de lo justo en razón de bien común. Y es por ello que si una ley concreta no cumple con este requisito, es que el juez debe esforzarse por reajustarla y reconducirla a lo justo, de modo que realidad y presunción vuelvan a coincidir.

En segundo lugar, tampoco se trata de introducir en la discusión forense de un modo indiscriminado el argumento de equidad y justicia, esto es, de derecho no-legal, con vistas a la readecuación de la ley, lo que no implica negar su libre uso para su complemento e interpretación no derivadas de oscuridad por causa de injusticia. El abuso de ese argumento puede, en verdad, producir mayores males que la simple aplicación de una ley injusta, porque retorcer leyes en sí justas pero acusadas de injusticia en virtud de los intereses particulares, eso es ya una injusticia que repetida mil veces, será más intolerable que aplicar una vez una ley injusta.

Como siempre sucede, es la virtud de la prudencia la que debe guiar el obrar del juez y de los abogados, y no en vano nuestra ciencia fue llamada jurisprudencia por los romanos.

Se terminó de imprimir
en abril de 1981,
en Talleres Gráficos Garamond S. C. A.,
José A. Cabrera n° 3856, Buenos Aires.
Tirada: 2.000 ejemplares.

