

## CONSEJO CIENTIFICO

FERNANDO CAMPOS (U. de Chile, Santiago) - + BERNARDINO ORD (U. de Chile, Santiago) -  
HELMUT CONIG (U. de Frankfurt, M.) - + ALVARO DE LA VEGA (U. de Chile, Santiago) -  
ALVARO D'ORS (U. de Navarra) - + ALFONSO GARCIA CALVO (U. de Madrid) - + PAOLO  
GROSSI (U. de Florencia) - + FLOJO HANVICH (U. de Chile, Santiago) - + HERCATOR HERRERA  
(U. Católica de Valparaíso) - + MANUEL SALVAT (U. de Chile, Santiago) - + ISMAEL SANCHEZ  
BIELA (U. de Navarra) - + BERNARDINO BAYAO LARA (U. de Chile) - + RICARDO ZOBARRAIN  
BECU (U. de Buenos Aires) - + VICTOR TAU AVOZOTREUR (U. de Buenos Aires) - + ABBASADO  
L'EMOER (U. de Buenos Aires).

## DIRECTOR

ALEXANDRO GUZMÁN BARTO  
(U. Católica de Valparaíso)

## COMITÉ DE REDACCION

IRMAO MARELLO A.  
(U. Católica de Valparaíso)  
CARLOS SALINAS A.  
(U. Católica de Valparaíso)

La Redacción de la Revista tiene su sede en: *Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, Casilla 4039, Fax (56-32) 273430, Valparaíso, Chile; y su Administración Comercial en Ediciones *Universitarias de Valparaíso*, Casilla 1415, Fax (56-32) 273429, Valparaíso, Chile.

La Revista se publica en un volumen anual. Sus colaboradores recibirán gratuitamente 25 separatas de los trabajos con que contribuyan. La Revista incluirá una resección o reseña de toda obra que se le envíe a su dirección.

La edición del presente tomo contó con un subsidio de la Comisión Nacional de Investigación Científica y Tecnológica (CONICYT).

## Precios

Para toda América, US\$ 40.00  
Para el resto del mundo, US\$ 50.00

En estos precios va incluido el envío por correo aéreo o terrestre, según los casos.

Edición y Producción: Ediciones Universitarias de Valparaíso de la Universidad Católica de Valparaíso

ISSN 0716 - 5455

Revista de Estudios Históricos-Jurídicos  
[Sección Historia del Derecho]  
XVIII (Valparaíso, Chile, 1996)

## ALGUNOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS SOBRE LOS PRINCIPIOS DE INEXCUSABILIDAD Y LEGALIDAD

MARIA ANGELICA FIGUEROA  
Universidad de Chile

El objetivo del presente trabajo consiste en analizar la relación existente en la aparición y posterior evolución de los principios de inexcusabilidad y legalidad dentro del proceso de desarrollo histórico del derecho hispano-chileno.

En primer lugar señalare la actual regulación que ambos principios tienen en el derecho chileno vigente, haciendo presente que su origen corresponde a distintos periodos históricos. La inexcusabilidad del tribunal está establecida en el artículo constitucional en el artículo 73 inciso 2º de la Constitución Política de 1980, disposición que expresa: *"Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excluirse de ejercer su autoridad ni aun por falta de ley que resuelva la constitución o asunto sometido a su decisión"*.

Esta disposición no estaba contenida en la Constitución de 1925, pero la inexcusabilidad estaba regulada por la ley procesal orgánica. Creo probable que su reiteración con rango constitucional se haya debido a los problemas suscitados por normas programáticas de dicha constitución, como la del artículo 87 que establecía los tribunales administrativos, encargando su organización y determinación de atribuciones a la ley. No habiéndose dictado dicha ley durante la vigencia de la constitución, los tribunales ordinarios, a pesar que la ley establecía la inexcusabilidad en los términos que enseguida veremos, se excusaron de conocer causas contenciosas administrativas.

El Código Orgánico de Tribunales, dictado el año 1943, dispone al respecto en su artículo 10, en los términos siguientes: *"Los tribunales no podrán ejercer su ministerio sino a petición de parte, salvo los casos en que la ley los faculte para proceder de oficio. 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 constitución sometida a su decisión"*.

El mismo código, en su artículo 112 dispone: *"Siempre que según la ley fueren*

*competentes para conocer de un mismo asunto dos o más tribunales, ninguno de ellas podrá excusarse del conocimiento bajo el pretexto de haber otros tribunales que puedan conocer del mismo asunto*» agregando en seguida la regla de la intervención a fin de fijar la competencia.

Conviene desde luego advertir que la disposición del artículo 10 del C. O. T. se hallaba integrada al ordenamiento jurídico chileno en el texto contenido en la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales, artículo 9 dictada el 15 de octubre de 1875.<sup>1</sup>

Por otra parte, varias disposiciones conforman en el derecho chileno vigente el estatuto legal que regula el principio de legalidad, el que se encuentra firmamente ligado al de inexcusabilidad en la medida en que la obligación de resolver impresa al juez obliga al ordenamiento jurídico a hacerse cargo del problema de las lagunas legales debiendo expresar el ámbito de atribuciones dentro de las cuales debe o puede moverse la actuación del juez para cumplir con su deber.

Así, en materia de legalidad, desde luego la norma Constitucional aplicable de modo genérico a todos los funcionarios de los poderes constituidos, entre ellos a los jueces, determina que la ley es la única fuente de las atribuciones que pueden ejercer de modo que si actúan fuera de las atribuciones que esta les fija, sus actos adolecen de nulidad, artículo 7 de la Constitución de 1980.

Con todo, ya hemos visto que el artículo 10 del C. O. T. ha determinado que el juez no puede excusarse de resolver una contienda sometida a su competencia aun cuando no exista ley que resuelva el caso.

De modo complementario, el Código de Procedimiento Civil vigente desde 1903, en su artículo 170, al establecer los requisitos que deben contener las sentencias definitivas de primera o única instancia y las de segunda que modifiquen o τροπουεν en su parte dispositiva las de otros tribunales, determina en su número 5, que dichas sentencias deben expresar: «la emancipación de las leyes y en su defecto de equidad con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo».

Podemos comprender así que las normas del Código de Procedimiento Civil, colocadas en el supuesto de la obligatoriedad del juez de resolver todas las causas sometidas a su competencia, determina que «en defecto» de las leyes, lo que se ha entendido, a falta de ley que el juez debe pronunciar sus fallos conforme a los principios de equidad.

De este modo, el Código de Procedimiento Civil dictado en 1903, mediante la disposición antes mencionada, reincorporó al sistema jurídico chileno en formación, la vigencia de los principios de equidad, con carácter supletorio respecto de las lagunas legales frente a las cuales pudiera enfrentarse el juez. El Código de

Procedimiento Civil amplió así el papel limitado que le había asignado el Código Civil al juez desde 1857 en la regulación de las fuentes formales del derecho en su título preliminar.

Hasta esa fecha, 1903, el Código Civil, habiendo dado total primacía a la ley como fuente del derecho, todo ello en concordancia con el cambio del concepto de ley como manifestación de la voluntad nacional de acuerdo al constitucionalismo liberal, regulando en su título preliminar la interpretación de esta, menciona la equidad natural como elemento de la interpretación de la ley. Así, después de los elementos gramatical, histórico, lógico y sistemático, en último término, y sólo a falta de esos, la equidad natural, junto al espíritu general de la legislación, podrán utilizarse para interpretar los pasajes oscuros o contradictorios de la ley, según señala hasta hoy el art. 24 del texto citado.<sup>2</sup>

Debido a carácter indirecto del texto legal que incorpora esta fuente al sistema chileno, entonces a finales de su proceso codificador, existieron dudas acerca de la función que le cabría en cuanto a suplir los vacíos de la ley.<sup>3</sup>

Con todo, la equidad natural aparece reconocida dentro del sistema positivo chileno, en el sentido de fuente supletoria de la ley, el año 1931 de acuerdo al planteamiento hecho al respecto por el profesor Arturo Alessandri Rodríguez<sup>4</sup> en un comentario de jurisprudencia.

Interpretando la amplitud de las atribuciones otorgadas al juez por el texto del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, el profesor Fernando Fuyo expresa: «no bastará al juez "enunciar principios de equidad" en razón de laguna legal... El juez deberá fundar la presencia de laguna legal que autoriza la aplicación de la fuente supletoria y en seguida deberá fundar los principios de equidad que está empleando; todo ello para dar cumplimiento cabal al número 4° del mismo artículo 170 que exige que el juez exprese las consideraciones de hecho y de derecho que sirven de fundamento a la sentencia».

Finalmente, considerará la relación existente entre la obligación del juez a ceñirse a la ley, con la disposición del artículo 767 del Código de Procedimiento Civil que regula el recurso de casación en el fondo. El inciso primero de la disposición señala que: «El recurso de casación en el fondo tiene lugar contra sentencia pronunciada con infracción de ley, siempre que esta haya infringido substancialmente en lo dispositivo de la sentencia».

Concuerdo en este punto con la interpretación del profesor Fuyo en cuanto considero que esta disposición puede constituirse en una limitación de la atribu-

<sup>1</sup> Fuyo Fernando, Interpretación y juez (Santiago, 1976), p. 36.

<sup>2</sup> Muñoz, BEZANILLA, Fernando, La integración de las lagunas legales, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 56 (Santiago, 1959), 1° parte, p. 170-171.

<sup>3</sup> Alessandri R. Arturo, Comentario a la sentencia de 29 de julio de 1931, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 28 (Santiago, 1931), sec. 1°, p. 692.

<sup>4</sup> Fuyo, Fernando, Interpretación y juez (Santiago, 1976), p. 28 ss.

<sup>1</sup> Ver BALLESTRAS, Manuel Egido, *Ley orgánica de tribunales* (Imprenta Nacional, Santiago de Chile, 1890); VÁSQUEZ GÓMEZ, Luis y GARCÍA GARRAZA, Víctor, *La ley de organización y atribuciones de los tribunales, de 15 de octubre de 1875. Las disposiciones que modifican y complementan* (Santiago, 1942).

ción otorgada indirectamente al juez por el N.º 5 del art. 170. Tal caso se daría en el evento en que el juez aplicara la equidad fundado en la existencia de un vacío legal declarado expresamente por él en su sentencia y que la Corte no admitiera tal supuesto. También será procedente la situación inversa, esto es, que la sentencia recurrida de casación no hubiera admitido la existencia de un vacío legal y que éste fuera declarado por el tribunal de casación y ello lo condujera a resolver aplicando principios de equidad.

Después de identificar las disposiciones fundamentales que regulan el tema en estudio en el derecho chileno vigente, revisámoslos en perspectiva histórica, brevemente, las normas que sobre éste aparecen progresivamente en el derecho castellano. Al respecto recordemos que tales antecedentes no tienen sólo un interés científico pues el carácter superior del derecho castellano en América durante los tres siglos de la dominación hispánica les dan el carácter de antecedentes de la codificación, sino de normas integradas a la vida práctica del derecho.

En el ámbito histórico, sobre el tema de la inexcusabilidad existe un valioso trabajo del profesor Aldo Topasio,<sup>1</sup> al cual hare referencia en varias oportunidades. Sobre el segundo tema, el de la vinculación del juez a la ley o su alternativa consistente en que el ordenamiento jurídico reconociera al juez capacidad creativa de derecho a través de sus fallos, existen trabajos publicados por la profesora que expone y por los profesores Bernardino Bravo y Alejandro Guzmán.<sup>2</sup>

Debemos situarnos en el período temprano medieval para encontrar los primeros antecedentes sobre la materia que nos ocupa, que de modo regilino podamos vincular exclusivamente al proceso de formación del derecho castellano. El más importante texto de la legislación visigoda, el *Liber Iudicorum*, cuyas tres ediciones fueron recopiladas en el siglo VII, contiene varias disposiciones relativas al predominio de la ley real por sobre la consuetud. Todas éstas indirectamente imponen al juez resolver en aquellos casos no previstos en la ley disponiendo que el proceso sea remido al rey a fin de que éste juzgue o provea ya sea *per auctoritatem*.<sup>3</sup> Agrégase a los antecedentes aportados por el trabajo ya citado, que el *Liber regule* además el principio de inexcusabilidad del juez disponiendo una pena en el caso en que éste denegare justicia o prolongare con excusas un pleito (*Lhb. Jud.*

ley 18, tit. I, lib. II). Esta disposición parece en conformidad con las anteriores, lo que es usual en la legislación que reopila textos de diferentes épocas; con todo, es probable que la inexcusabilidad del juez debiera entenderse en relación no a un juzgamiento sino a un inicio de su conocimiento para remitirlo al rey en caso de faltar la ley que lo resolviera.

Coincide con el profesor Topasio en que la intención de los monarcas visigodos, al existir al juez que a falta de ley remitiera la causa al rey, fue establecer el cierre del ordenamiento jurídico, en especial frente a la consuetud jurídica. El juez quedaba así sometido a la ley constituida por el texto del *Liber Iudicorum* impidiendo interpretar la o complementarla con la consuetud o la equidad.

Sin embargo no se puede dejar de tener presente que las tres ediciones del *Liber regule* tienen la influencia del derecho romano, directamente a través de la participación que cupo a los concilios toledanos, los que pasan a colaborar en la redacción de la ley del Estado a partir del año 589, fecha de la conversión del Rey Recardo al catolicismo.

Así se introduce en dicho texto el concepto de derecho natural según este había sido recogido y reelaborado por la escuela de la patristica católica. Al igual se introduce en la recopilación visigoda el concepto y los rasgos distintivos de la «ley justa», esto es, de aquella adecuada al derecho natural.

El texto dice: «La ley debe ser manifiesta, y debe ser conveniente al lugar y al tiempo, y debe ser justa, igual, honesta, digna y provechosa. Y e, hombre debe comprender que todo aquello que impone es provechoso y no dañino» (*Lhb. Jud.*, ley 4, tit. II lib. 1). La ley anterior a esta disponía: «Firmemente el legislador debe comprobar si aquello que quiere imponer puede ser; y después debe comprobar si no lo impone sólo en su provecho, sino comunamente por el provecho del pueblo todo que aparezca claro que no hace la ley para sí, sino comunamente para todos» (*Lhb. Jud.*, tit. I, lib. 1).

Se fija así el ámbito de dependencia de todo el derecho positivo, constituido por el propio *Liber*, incluidos sus preceptos sobre legalismo y excusabilidad del juez, respecto del derecho natural, el cual, como ordenamiento superior enfrentará a las normas positivas al juez de valor entre su obediencia o contradicción con la equidad contenida en el derecho natural. De ese modo el juez podía verse enfrentado a leyes que no resolvieran el caso o cuya solución fuera contraria al derecho natural. Teóricamente, en ambos casos, el juez debía apoyarse en la equidad para resolver casísticamente.

Probablemente en la etapa visigoda, por lo tanto de la vinculación entre el Estado y la iglesia católica, estas normas no hayan tenido sino una aplicación formal o quizás ninguna. Con todo su inclusión al *Liber*, como parte de la incorporación al texto de la teoría de la patristica en la versión de Indraro de Sevilla, obligadamente planteará al imitador de la legislación visigoda el típico enunciadamiento que existe en todo ordenamiento positivo que acepta un presupuesto de existencia de un derecho natural, el juicio de valor respecto de cada norma positiva frente al caso concreto que debe regir, en cuanto a su eficacia para producir la solución material, específicamente equitativa.

<sup>1</sup> Topasio, Aldo, *Fundamentos históricos del principio de inexcusabilidad*, en *Revista Chilena de Historia del Derecho* 9 (Santiago, 1983), p. 153 ss.

<sup>2</sup> Entre otros, ver: Bravo Lara, Bernardino, *La configuración de los derechos nacionales en Europa e Iberoamérica y su disolución del derecho común*, en *Revista Chilena de Historia del Derecho* 15 (Santiago, 1980), p. 147 ss.; Guzmán, Alejandro, *Andrés Bello codificador. Historia de la configuración del derecho civil en Chile*, (Santiago, 1982), vol. 1, p. 97 ss.; Fariasso, María Angélica, *La configuración del derecho civil chileno y la estructuración de un sistema jurídico legalista*, en *Bolletín de derecho* (Santiago, 1982), 77 ss.

<sup>3</sup> Ver la citación de los textos en: Topasio, Aldo, *Fundamentos históricos del principio de inexcusabilidad*, en *Revista Chilena de Historia del Derecho* 9 (Santiago, 1983), 156-157

Continuando con nuestro recorrido histórico, entre los siglos VIII al XIII, Alta Edad Media, en los reinos cristianos que más tarde conformaron la Corona de Castilla predominaba la vigencia de la costumbre y adquirir gran importancia la creación jurisprudencial judicial. Recordemos que en esta etapa la escasa legislación dictada por los monarcas permite la coexistencia de derechos territoriales, esto es, vigentes en todo el reino, junto a los derechos locales de carácter municipal, señorial, además de los estatutarios y religiosos. En cada uno de estos ámbitos el papel del juez creando norma jurídica por la vía de aplicar la costumbre o la equidad conforma la variedad jurídica propia del atomismo.

Hay un claro predominio en esta época de los elementos formativos del derecho constituidos por el derecho romano vulgar y del elemento germánico. Sólo formalmente rige en León y en ciertas ciudades reconquistadas a fines del período, el *Libro judicialorum*. Recordemos que tiene preeminencia en el juzgamiento de las causas el derecho local por sobre el territorial, por lo demás este último en Castilla, después del rechazo del Liber, está constituido por «los juicios de albedío o hazafas» esto es, jurisprudencia judicial, juzga sobre la base de la costumbre o crea norma fundado en la equidad.

Previamente este sistema de justificaciones de privilegio, en razón de inmunitad señorial o autonomía municipal, será la base del problema jurídico que enfrentarán los monarcas de la Baja Edad Media en su afán de unificación jurídica.<sup>16</sup> Sobre el tema del derecho atomizado debo agregar que los fueros más importantes como los de Soría, Cuencas, Sepúlveda comienzan normas cuyo fin es obligar a los vecinos a someter sus contenidos a las justicias municipales e impedir de este modo la venganza privada; muchos textos derivados o influidos por estos fueros tipo recogen sus normas.<sup>17</sup>

Especial relevancia tiene al final del período atomizado la dictación por las primeras Cortes del reino de León de los decretos arbotados por esta asamblea legislativa reunida el año 1188, conocidos más tarde como «Carta Magna leonesa» por asimilación comparativa con la Carta Magna inglesa de 1215. Dicho texto, que rigió como decreto para todo el reino, contiene en su mayoría, normas de tipo procesal. Entre ellas dispone que la denegación o retardo malicioso en la administración de justicia por parte del juez «y la carta comesa entiendo que existe retardado si *hasta el tercer día no se aplicara el derecho*»<sup>18</sup> faculta al agraviado por la denegación o retardo para exigir del juez, una vez probado el hecho me-

<sup>16</sup> Ver, en general, García Gual, Alfonso, *Manual de historia del derecho* (Madrid, 1964); To-

mas y Valera, Francisco, *Manual de historia del derecho* (Madrid, 1980); Monsones, Emma y Sánchez Acuña, José, *Historia del derecho y de las instituciones* (Madrid, 1991); Luján, Jesús, *Influencia histórica al derecho español*.

<sup>17</sup> Paredes, María Angélica, *Apuntes sobre el origen de las garantías a los derechos humanos en la legislación hispano-olinda, en Estudios de Historia de las Instituciones Políticas y Sociales de Chile 2* (Santiago, 1967).

diante testigos «*pagar doblados al querrelante, tanto la cuarta de la demanda como los gastos*»<sup>19</sup>.

Iniciado el período bajo medeval, siglos XIII al XV, la acción de la monarquía se centra en una política de unificación bajo e poder real, dentro de este proceso, la unificación jurídica es primordial.

Para alcanzar la unificación jurídica se utiliza por los monarcas la doctrina jurídica denominada *ius commune* que se elabora entonces en las universidades medievales mediante la técnica de la glosa inicialmente y del comentario, a partir del siglo XIII. Esta concepción sustenta el fortalecimiento del poder real frente al derecho en especial a través de su vertiente fundada en fuentes romano posclásicas.

Este derecho todró pretende integrar en sus planteamientos normativos la vinculación entre el derecho romano de los reinos justinianos, con el derecho canónico tanto conciliar como aquella normativa emanada del Papa. Importante es tener presente, que contemporáneamente con la elaboración del *ius commune* en los claustros universitarios de esta época, la escuela del derecho natural de la escolástica católica busca la integración de la filosofía griega, en especial la de Aristóteles a la concepción dogmática religiosa católica. Como es sabido esta escuela desarrolla ampliamente la doctrina del derecho natural católico.

En consideración a lo anterior nada tiene de extraño que los primeros textos legales castellanos, inspirados en el derecho común, esto es, el Código de las Siete Partidas (Part. 3.ª, tit. XXII, ley XI) de Alfonso X, y el Fuero Real (lib. I, tit. VI, ley V), junto con recoger como parte del derecho positivo normas que disponen que el juez debe excusarse de conocer en los casos en que falta ley, entregando al rey la tarea de resolverlos, agregan los requisitos que debe cumplir la ley positiva para ser ley «justa». Respie, pero con mayor latitud y coherencia, que la ley debe ser apropiada al lugar, al tiempo y a las circunstancias, igual para todos, dada en pro comunal de las gentes y no en beneficio privado, no puede ir contra los mandamientos de la religión ni contra derecho natural.

A mi modo de ver, la existencia de estas normas que obligan al juez a evaluar la ley positiva no sólo en cuanto si ella contiene la solución del caso sometido a su competencia sino en cuanto a si esa solución que provee está o no de acuerdo con el concepto de una ley justa, explicaría la razón de que sean las Leyes del Estillo, que contienen jurisprudencia producida en la aplicación del Fuero Real en el Tribunal de la Corte del rey y que hacen en consecuencia de dicha aplicación, el texto que admite la apertura hacia la equidad como criterio de juzgamiento (Leyes del Estillo, ley LXIII, ley CCXXXVIII).

El cierre del ordenamiento legal castellano dispuesto en el Ordenamiento de Alcalá de Henarés de 1348 y en las Leyes de Toro de 1505, al establecer sus respectivos sínderes de prelación, en ambos casos se dispuso que a falta de norma en los tres primeros órdenes, en cuarto lugar se debía recurrir al rey. Con todo,

<sup>19</sup> *Carta magna leonesa, párr. 8, en Cuadernos de historia de España* v. p. 147.

siguendo la idea antes expuesta en cuanto al reconocimiento del derecho natural, incluso por los textos positivos, y no olvidemos que el Ordenamiento de Alcalá de Henares promulgó el Código de las Partidas, había que considerar esta clausura del ordenamiento como referida al derecho positivo el cual obviamente incluye las normas que entra el propio rey.

Como lo reconocen todos los especialistas el objetivo de la clausura del sistema en el poder del rey está destinado a detener la ingerencia de la doctrina del derecho común, más allá de los términos en que ésta es aceptada en la recepción legal de los textos dictados por el propio monarca.

Pasemos finalmente al derecho indiano, el que como sabemos, fue creado como un derecho particular para América, el cual en los amplios vacíos respecto de materias no reguladas de modo especial, como derecho penal, civil, procesal, debía ser suplido por el derecho castellano de acuerdo al orden de prelación de las Leyes de Toro. Este, sabemos, cerraba la creación de derecho en torno al rey de modo expreso, con las salvedades que ya hemos advertido sobre la supremacía del derecho natural.

Sólo la vigencia del derecho positivo inciano castellano supeditado al contenido de un concepto valorativo de derecho natural puede explicarnos funciones como las de las audiencias americanas respecto de la «suplicación de la ley [injuria] frente a la cual la audiencia dejaba a salvo el reconocimiento de la legitimidad de la potestad real para legislar mediante el «acantonamiento» de la ley, pero se hallaba obligada a suspender la aplicación de la ley y a «suplicarla» en los casos en que su contenido fuera «injuro». Como sabemos, en la práctica el mecanismo se utilizó correcta e incoercentemente, en nuestro análisis interesa en la medida que es una comprobación de la apertura del sistema hacia la equidad. Sólo del mismo modo es posible explicar la adaptación al tiempo, al lugar y a las circunstancias que se dio a las Partidas en América según nos testimonia la jurisprudencia indiana en la medida en que se ha ido trabajando sobre ella. Creemos que en América indiana imperó un sistema de arbitrio judicial que con diversos controles tendientes a evitar la arbitrariedad permitió a los jueces hacer prevalecer sobre el texto positivo que resolviera el caso, la formulación de fallos basados en la equidad. El juez no estaba obligado a fundamentar de modo expreso su sentencia.<sup>17</sup>

Finalmente haremos un breve recuento del proceso de formación del derecho chileno durante el período de la codificación. En primer lugar recordemos que a partir de 1810 y después de la interrupción producida por la independencia desde 1818, la mayor parte de las innovaciones legales se hacen en el ámbito del derecho público y más específicamente en el derecho constitucional. Queda vigente el derecho indiano suplido por el castellano, si bien la Constitución de 1818 que expresamente ratificó esa vigencia, dispuso que reglan en todo aquello que «no pugnara con el sistema liberal de Gobierno».

Las leyes de procedimiento dictadas el año 1837 y que son conocidas como «Leyes Maritanas» iniciaron el proceso de estructura del sistema jurídico en torno a una pertenencia de la ley como fuente formal del derecho. No es del caso aquí referirse al muy distinto fundamento que tiene en la concepción jurarrealista que sirve de sustento al proceso constitucionalista y codificador, la valorización de la ley. Esta, en la medida en que corresponde al concepto de «manifestación de la voluntad soberana de la nación» fundamenta no sólo el pacto social sino que está destinada a completar el sistema en concordancia con el texto constitucional.<sup>18</sup>

Una de las tres leyes dictadas el año 1837, la conocida como «Ley de fundamentación de la sentencia» dispuso que los jueces debían fundamentar sus fallos y en el inciso segundo establece, después de aclarar que la fundamentación debe tener los caracteres de brevedad y sencillez, agrega que de hecho o de derecho, debiendo a continuación señalar las leyes que han servido de fundamento a la decisión judicial.

Hasta el momento de dictarse la ley de 1837 que dispuso la fundamentación de las sentencias en la ley, los jueces no tenían obligación de fundamentar expresamente las sentencias y más aún, la mayor parte de las leyes castellanas supletorias habían sido modificadas a través de un proceso de adaptación casística. Esta afirmación es aplicable a la casi totalidad de las leyes penales en cuanto a su sanción.

Ante una modificación tan tajante, la Corte Suprema pidió al ejecutivo aclaraciones sobre el texto. (La ley había sido dictada por el ejecutivo en virtud de facultades extraordinarias delegadas por el Congreso). Esas aclaraciones fueron formuladas por Mariano Egarrá, autor de las leyes, quien en virtud de la inexistencia de incompatibilidades en la Constitución Política de 1833, cumplía también el cargo de fiscal de la Corte Suprema. Dicha aclaración se convirtió en reglamento de aplicación de la ley. El texto de las consultas planteadas por la Corte Suprema son muy interesantes; aquí detesto solamente la descripción que hace del funcionamiento del sistema procesal indiano-punero y el punto relativo al problema de la facultad del juez frente a la ausencia de ley o a la falta de relación de ella a una solución equitativa del caso. Enzucando la consulta en relación al vacío legal el informe estableció de modo genérico que la ausencia de ley debía ser suplida por «las máximas eternas del derecho natural, los principios generales de la jurisprudencia, las leyes análogas, las decisiones de los tribunales y opiniones de juristas-consultores». Formalmente las sentencias debían expresar los fundamentos reales del fallo disponiendo que esos podían consistir en los principios generales que se han deducido de las leyes por medio de la analogía. En materia penal se esta-

<sup>17</sup> Sobre el punto, ver: FIGUEROA, María Angélica, *La codificación civil chilena y la estructuración de un sistema jurídico legalista, en Bello y el derecho* (Santiago, 1982), p. 77-87.

<sup>18</sup> Sobre el tema, ver: FIGUEROA, María Angélica, *La codificación civil chilena y la estructuración de un sistema jurídico legalista, en Bello y el derecho* (Santiago, 1982), p. 77 ss.

bleció un sistema diferente pues el informe decidió que se debía obviar el problema que podría crear la aplicación de leyes penales muy duras debiendo el juez sentenciar de acuerdo a la ley correspondiente, pero se le otorga la facultad de suspender su ejecución y representar al ejecutivo que «sería conforme a equidad» la continuación de la pena por otra más benigna que señala<sup>14</sup>.

En el fondo, el reglamento restableció en gran medida la totalidad de las funciones formales vigentes y las amplias atribuciones de que disponía el juez.

El año 1851 se dicta una nueva ley sobre fundamentación de las sentencias. Tres son los puntos más importantes de este texto en cuanto al tema que nos ocupa. En esta ley procesal se fijan los requisitos de forma que deben cumplir las sentencias definitivas o interlocutorias de primera instancia y revocatorias de «otro tribunal o juzgado». En su inciso 3 del artículo 3 dispone que las sentencias deben contener «Los hechos y las disposiciones legales, en defecto de éstas la costumbre que tenga fuerza de ley y a falta de una y otra, «las razones de equidad natural que sirvan de fundamento a la sentencia». Esta norma, excluido el valor que le da a la costumbre es el claro antecedente del actual artículo 10 del C. de Procedimiento Civil al que aludimos al comienzo.

La obligatoriedad de dar preeminencia expresa a la ley que había pretendido establecer la ley del año 1837 fue desvirtuada por el informe-reglamento de Egaña y el planteamiento comentado en éste se mantiene en la ley procesal de 1851.

El Código civil tendrá a cerrar el ordenamiento jurídico al ser promulgado en 1855 pero nuevamente los textos procesales mantendrán una apertura del sistema en torno a la jurisdicción de equidad.

<sup>14</sup> FERRERON, María Angélica, *La codificación civil chilena y la estructuración de un sistema jurídico legalista en Bello y el derecho* (Santiago, 1982), p. 86-95.