

NOTAS SOBRE EL ORÍGEN HISTÓRICO DEL PRINCIPIO DE INEXCUSABILIDAD Y SU ACTUAL COMPRENSIÓN

NOTES ON THE HISTORICAL ORIGIN OF INEXCUSABILITY AND ITS CURRENT UNDERSTANDING

Patricio Martínez

Profesor de Derecho Procesal de la PUC de Chile. Ministro de la Corte de Apelaciones de San Miguel. Doctorando en Derecho en la Universidad de los Andes, Chile. Abogado de la PUC de Chile.

RESUMEN: Se intenta un esbozo respecto algunos antecedentes históricos que explican la adopción en la legislación procesal chilena, del denominado principio de inexcusabilidad, y la manera en que se ha delineado dicho principio en la actualidad, a la luz de la doctrina y alguna jurisprudencia relevante.

PALABRAS CLAVE: Inexcusabilidad, non liquet, derecho hispánico, deber judicial, codificación procesal civil chilena.

ABSTRACT: A foreshortening is presented regarding some historical antecedents that explain the adoption in Chilean procedural legislation of the so-called principle of inexcusability, and the way in which said principle has been outlined today, in the light of doctrine and some relevant jurisprudence.

KEYWORDS: Inexcusability, non liquet, hispanic law, judicial duty, chilean civil procedural codification.

SUMARIO: Introducción. 1 Breve revisión de algunos antecedentes históricos. 1.1 En el derecho hispánico pre republicano. 1.2 En el derecho de la República y la influencia francesa: El Estado Legislativo. 1.3 Las razones de la prohibición del “non liquet” y su alcance. 2 Recepción del principio de inexcusabilidad en Chile. 2.1 Breve itinerario a su actual consagración normativa. 2.2 Reconocimiento positivo actual. 2.3 Alcance actual y comprensión del principio. Conclusión. Referencias.

INTRODUCCIÓN

Dentro del marco de los principios que informan el sistema procesal nacional, el de inexcusabilidad, es, a nuestro parecer, uno de los que mereciendo mayor atención, considerando la relevancia que tiene en la estructura de la función jurisdiccional, no ha tenido un desarrollo o reflexión coherente con ello. Mediante el presente trabajo, se aspira a colocar en discusión algunas notas que recogen elementos históricos que explican su origen y alcance, que puedan servir de base a futuras reflexiones.

1 BREVE REVISIÓN DE ALGUNOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS

1.1 EN EL DERECHO HISPÁNICO PRE REPUBLICANO

El principio de la inexcusabilidad se ha relacionado históricamente con el tópico de la vinculación del juez a la ley, donde frente a dos opciones estatales, la referida regla corresponde a aquella que impone al juez un deber insoslayable, esto es, emitir siempre un pronunciamiento de mérito, incluso en el caso de constatarse una laguna legal, frente a la segunda opción, que prefiere en dicho caso, la inactividad del juez, para que el legislador se haga cargo del silencio de la ley, para que éste lo supla.

Este problema, es una característica que se presenta específicamente en el período histórico de la conformación política de los Estados, y por lo tanto en el tránsito del Medioevo a la Modernidad.

Es interesante notar, que por lo menos en la tradición hispánica, dicho proceso de consolidación estatal, se concretó con la institucionalización del binomio conocido como *iurisdictio et territorium*, términos que relacionados entre sí, explicaron el alcance del concepto temprano de soberanía, en cuanto potestad de jurisdicción que se define y ejerce dentro de un determinado marco territorial, marcas características propias de este Estado naciente, que se estructura a partir de la inseparabilidad de la jurisdicción con el territorio (BRAVO, 2009a) donde se ejerce el poder, la institucionalización del mismo (BURDEAU, 1980), y principalmente el predominio progresivo del derecho legislado (BRAVO, 2009c).

Lo anterior se explica con la circunstancia histórica, de que en dicho tránsito, se constata entre otras cosas, un progresivo abandono de la comprensión iusnaturalista de la ley, en cuanto emanación de la razón identificada con lo “justo”, y su reemplazo por una noción de derecho que lo identifica como facultad y su consecuencial construcción del dualismo

derecho subjetivo—derecho objetivo, donde la ley se entiende como una emanación de la “voluntad” del soberano, contexto en el que se percibe y justifica políticamente, la clara tendencia por parte de la autoridad, de evitar que sus mandatos sean objeto de interpretaciones que alteren su sentido original.

No obstante que nuestro legislador, a fines del siglo XIX, consagró de manera expresa la regla de la inexcusabilidad, mediante una norma vigente hasta el día de hoy, sólo existe una acotada literatura específica sobre el tema.

Dentro de aquella escasez, encontramos algunos autores¹ que localizan el fundamento histórico de la problemática que obliga a decidir entre la inexcusabilidad y el referimiento al legislador, en el derecho hispánico.

En efecto, para EYZAGUIRRE (2003), ya en la baja edad media, existía el temor a la tergiversación que el juez podía realizar de las normas objetivas emanadas del soberano, en lo que describe como pugna entre el derecho legislado y el derecho común.

Así también, en opinión de Aldo TOPASIO (1983), la labor del juez en el derecho hispánico habría sido objeto de regulación estricta, consagrándose por regla general el principio de la excusabilidad del juez de fallar, en caso de constatarse una laguna legal, afirmando que: “*el principio más largamente imperante en el devenir jurídico hispánico (...) [fue] el de excusabilidad del juez en defecto de la ley*” (TOPASIO, 1983), no obstante algunas esporádicos intentos de establecer la regla contraria.

Éste último autor, refiere la existencia de dos motivaciones históricas que justificaron la fijación de dicho principio en el derecho español: Primero, el deseo oficial de evitar el uso de la costumbre como fuente del derecho, a fin de consolidar la ley visigoda del *Liber Iudiciorum* (EYZAGUIRRE, 2003) –todo ello, en el contexto histórico de la dispersión de fuentes previa a dicho cuerpo normativo–, y en un segundo momento, como consecuencia de la aspiración oficial de las monarquías en proceso de consolidación estatal, de evitar el uso del derecho común romano, y así reforzar la vigencia y aplicación del derecho nuevo castellano.

No obstante lo anterior, creemos que la afirmación del profesor TOPASIO, resiste una interpretación distinta a la propuesta, que le da un matiz distinto al resultado de su investigación: En efecto, nos parece que ésta voluntad de consolidar el derecho patrio que se verificó especialmente en la España del siglo XVIII, si bien demuestra que la excusabilidad era la regla general, históricamente nos permite suponer y discernir la existencia de un

¹ Nos referimos concretamente, fuera de las referencias consignadas en los Manuales y Tratados de Derecho Constitucional y Procesal, a los trabajos de TOPASIO (1983, pp 155 – 164), y el artículo de FIGUEROA (1996, p. 187 – 196). También en MARTINEZ (2012).

problema de carácter político-jurídico existente en la época, correspondiente a la poca estima que tenía el derecho “nuevo”, frente a la costumbre y al derecho común respecto los operadores jurídicos de la época, y que la autoridad trató de resolver mediante el recurso del establecimiento de la regla de la “excusabilidad”, intentos que a nuestro entender, tuvieron poco éxito en la práctica, o que por lo menos, afianzar su aplicación fue tarea difícil, pues de otro modo no se explican la serie de acciones llevadas a cabo desde la Corona, especialmente en el siglo XVIII, ejecutadas con el fin de consolidar el nuevo derecho patrio frente al derecho común.

Sólo como ejemplo de lo anterior, podemos mencionar tres hechos relevantes que nos llevan a colegir que la consolidación del derecho nuevo, requirió ingentes esfuerzos del soberano:

En primer lugar, encontramos una decisión del Consejo de Castilla de 04 de Diciembre de 1713, por la cual se decreta la orden de “dar más estimación” a las leyes reales que al derecho común (MONTERO, 1994), lo que revela un intento legislativo directo, que busca afianzar los intereses normativos del soberano.

Un segundo ejemplo relevante en este sentido, lo encontramos en el auto acordado del mismo Consejo de Castilla, pero de fecha 29 de mayo de 1741, por el cual se insiste expresamente en la orden de que en la sustanciación de los juicios, se debe excluir el derecho romano (MONTERO, 1994).

Finalmente, encontramos como tercer ejemplo, una tentativa política de influir en la consolidación del derecho nuevo por la vía académica; nos referimos a los nuevos planes de estudio impulsados por el rey Carlos III en los años 70 del siglo XVIII, dirigido a los profesores de derecho, con los cuales se inicia la sustitución progresiva de la enseñanza del derecho romano, por el patrio (MONTERO, 1994).

A los intentos anteriores, se les une además, la dictación de nuevos cuerpos legislativos, como la Nueva Recopilación y las Leyes de Toro, que fortalecen la impresión de la existencia de una lucha por parte del legislador, por imponer el derecho que proviene de sus cuerpos legales, sobre las otras fuentes que se resistían a desaparecer.

Así también, por otro lado, y a propósito de la vinculación del juez a la ley, si bien creemos posible concluir que en el derecho hispánico, desde el ocaso de la edad media hasta el siglo XVIII, la consagración de la regla de la excusa u obligatoriedad de declaración de “*non liquet*” frente al vacío legal, implicó una restricción a la labor interpretativa del juez, debemos recalcar que dicha limitación en caso alguno fue rigurosa, si no que más bien, perfilada desde la comprensión pre-moderna del derecho, nunca estuvo cerca de ser absoluta –

como si lo fue a fines del siglo XVIII y en el XIX—, sino que por el contrario, dicha vinculación fue mas bien de carácter relativo, pues se mantenía en el juez una amplia libertad integradora del derecho.

Lo anterior se entiende en el contexto de la diferente comprensión de la actividad judicial pre moderna, pues en efecto, debemos tener en claro, que el perfil del juez del derecho hispánico, dista mucho del papel que la modernidad le otorgó al judicial, circunscrito a ser un mero aplicador de las mismas, como al parecer, correspondía al ideal revolucionario de fines del siglo XVIII.

En efecto, la actividad judicial en el derecho hispánico, dista mucho del ideal post revolucionario, donde el juez hispánico goza de una libertad de interpretación e integración del derecho, impensable en la ilustración moderna, pues como diremos más adelante, la identificación del derecho como lo justo, propia de ésta época, autorizaba al juez a conformar su actividad con la virtud de la justicia, escrutando e interpretando la norma escrita, de manera coherente con los valores y criterios de justicia del derecho común.

Es por ello que nos parecen impropios los intentos de comprensión de la vinculación moderna del juez por la ley y específicamente del principio de inexcusabilidad republicano vigente, a través de las figuras e instituciones hispánicas, pues el fundamento de las facultades del juez en uno y otro período, responden a la diferencia paradigmática que existe en la noción del derecho y de la ley en cada uno de ellos².

En dicho sentido, y justamente relativizando la postura de TOPASIO (1993), FIGUEROA (1996) propone la tesis de que en el derecho fijado por el *Liber Iudiciorum*, no obstante la presencia de una regla general que obligaba al juez a invocar y referirse al soberano para salvar los vacíos legales, existían paralelamente normas expresas que consagran una especie de germen del principio de inexcusabilidad, como por ejemplo, aquellas que sancionan a los jueces que incurren en denegación de justicia o dilatación de un pleito (FIGUEROA, 1996).

Lo interesante, es que tales normas de inexcusabilidad, convivían en vigencia conjuntamente con aquellas del mismo cuerpo legal que señala TOPASIO (1993), que obligan al referimiento al legislador (FIGUEROA, 1996), aunque reconoce que con menos rigor que en la actualidad, ya que esta inexcusabilidad se satisfacía con un simple inicio de conocimiento del proceso, para luego remitirlo al rey en caso de laguna legal.

² Nos limitaremos a la distinta concepción de legalidad que demuestra el cambio de paradigma mencionado. Para una noticia de dicho cambio de paradigma relacionado con la noción de derecho como facultad, ver entre otros: VILLEY (1976) y GUZMÁN (1975).

A partir de lo anterior, en opinión de FIGUEROA, la labor judicial de dicha época era como decíamos, bastante libre, debido a la influencia del derecho canónico y la recepción del derecho natural por parte de los visigodos recién conversos, lo que queda de manifiesto, por ejemplo, en el concepto de ley que se desprende del *Liber*, bastante coherente con la concepción escolástica.

En efecto, en dicho cuerpo jurídico, la ley, para que pueda ser considerada como tal, queda sometida a la exigencia de ser justa, esto es, conforme al derecho natural, de modo que el juez ante una ley “injusta”, o derechamente, frente a una laguna legal, en la práctica recurría a la equidad para integrar el derecho.

Lo mismo sucedería en la Baja Edad Media con el concepto de ley justa, que permitió la apertura de la jurisdicción de equidad, en una especie de “supremacía del derecho natural” (FIGUEROA, 1996).

De este modo, podemos concluir con cierto grado de seguridad, que la opción política del referimiento al legislador concretada en el derecho hispánico, no tuvo como objeto en caso alguno privar a los jueces de sus facultades interpretativas e integradoras, sino más bien, correspondieron herramientas utilizadas para “*instituir Derecho por parte de quien tiene la potestad legislativa, pero que no posee el monopolio de la creación de todo el Derecho*” (GUZMAN, 2007), lo que lo diferencia drásticamente con el concepto subyacente en el contexto político legislativo de la modernidad, donde el *non liquet* y el *référé legislatif*, existen justamente en un contexto en que se cierran y unifican las fuentes del derecho, a una sola: la estatal.

Algo similar podemos colegir a partir de lo expuesto por EYZAGUIRRE (2003), quien a propósito del aporte germánico, señala que si bien el *Liber Iudiciorum* habría prohibido al juez recurrir a la costumbre o equidad –mediante la fórmula del referimento al rey–, se reconoce la mantención de dichas fuentes a través de las “fórmulas visigóticas”, como también, a través de la recepción de la ley canónica después de la conversión de Recaredo en el 589, que habría tenido gran influencia en la praxis del derecho de la época.

Lo mismo sucedía en tiempos de “*Los Reyes Católicos y la Casa de Austria*” (EYZAGUIRRE, 2003), época en que jurídicamente, se reconocía expresamente el valor de la costumbre en cuanto “*confirma o suple la ley*”, lo que habría sido notoriamente reforzado con el influjo del derecho natural a través de sus figuras estelares que coronaron esos días, como Francisco DE VITORIA, DE SOTO, DE MOLINA y Francisco SUÁREZ, a partir de cuyas voces, podemos percibir la referida supremacía del derecho natural en la actuación judicial práctica de la época.

Una comprensión de la vinculación del juez a la ley, teniendo en consideración estas importantes diferencias, es el enfoque histórico, que para Chile, plantea BRAVO (2009d) a propósito de la tensión jurídica que se produce en la relación de los elementos que denomina como “judicatura – legalidad”, a partir de la distinción de cuatro momentos históricos de comprensión de la legalidad desde la segunda mitad del siglo XVIII en nuestro país.

Dicho autor reconoce como primer momento, aquel donde la Ley se configura como “ley – protección”, lo que según explica, corresponde a aquel sistema donde el fin del gobierno es el amparo de los vasallos frente a los posibles abusos de la administración. Como explica, dicho contexto responde a un concepto iusnaturalista de ley, donde la “ley injusta” debe ser interpretada “conforme” a la equidad, de modo que en la práctica, el juez –no obstante la regla general de “excusabilidad” que propone TOPASIO–, tenía plenas facultades para interpretar la norma, aplicándola e integrándola conforme al derecho común, principalmente a través de las dos reglas clásicas: de la *odia restringere*, en virtud de la cual el juez debía interpretar la ley del modo menos odioso o lesivo para el derecho común, y de la *aequitas nondum constituta* (BRAVO, 2009c), por la cual, el juez integraba los vacíos y lagunas de los derechos propios conforme la equidad³, que no es otra cosa que el derecho de los juristas plasmado en las obras del derecho común.

Como se aprecia, el juez que responde a este momento histórico, no es un juez “nulo” (TARELLO, 1987) como el de la codificación, sino uno con bastante mas libertad, incluso bajo la tutela del mandato de “excusabilidad”, pues incluso bajo el intento de restricción del uso de la costumbre y del derecho común, no se obtiene una limitación que justifique posteriormente un principio como el de la inexcusabilidad.

El segundo momento histórico obedece, justamente, a un cambio en la comprensión del concepto de ley, donde en su relación con la judicatura se caracteriza como “ley – garantía”, en cuanto sinónimo de ley parlamentaria, que surge de los representantes legisladores del constitucionalismo, cuyo fin era garantizar “*la libertad individual frente a la arbitrariedad del poder o a los abusos de los poderosos*” (BRAVO, 2009e).

Esta es la visión que el mencionado autor identifica como propia de los años 1820 al 1860 de nuestro país, donde finalmente la judicatura es comprendida como poder estatal, y por lo tanto, sometida al principio de la legalidad, acercándose al ideal de MONTESQUIEU del

³ Interesante la conclusión a la que llega el autor señalado, al indicar que con la codificación, cambia la comprensión del rol de la jurisdicción, la que pasa de ser el *ius – dicere*, en cuanto función protectora de los gobernados frente a los gobernantes, a una simple misión de “*dirimir conflictos entre particulares*” (BRAVO, 2009 c) 3.

juge bouche de la loi.

Se profundiza en este derrotero en el tercer momento histórico, que es el de la “ley – mandato uniforme para todos los ciudadanos” (BRAVO 2009d), en cuanto emanación soberana revestida de la legitimidad de las mayorías parlamentarias.

Esta visión, responde a los años que van desde 1875, con el establecimiento de la Ley de Organización de los Tribunales, hasta el año 1924⁴, que sirve como hito del fin del parlamentarismo. En esta comprensión, la ley es una herramienta de regulación social “de arriba hacia abajo”, por el cual los súbditos se someten a la mayoría parlamentaria, la que se transforma de “*guardián de la legalidad de las actuaciones gubernativas en rector del gobierno*” (BRAVO, 2009e), todo lo anterior, anclado en las bases de un sistema de partidos políticos, que transforma la actividad parlamentaria en una regulación que excede la actuación gubernativa y estatal, regulando también la actuación de la población.

Finalmente, reconoce una última etapa histórica de comprensión de la legalidad, entendida como “*ley – privilegio*” (BRAVO, 2009e). Esto, a partir de 1925 (ó 1931), donde la misma se alza como una legislación diferenciada para beneficiar ciertos grupos, por lo que son vistas como conquistas o reivindicaciones sociales.

En estas últimas tres visiones, es cuando se asiste al cambio de paradigma de la noción de legalidad en nuestro país, que a nuestro entender, permite entender la actual configuración del principio de inexcusabilidad, y también su alcance histórico.

En efecto, como ya dijimos, para el derecho hispánico, la inexcusabilidad fue una herramienta que buscó la consolidación del derecho patrio –en definitiva, la consolidación del poder estatal– y su alcance era completamente diferente al principio establecido en nuestra República, pues dicha mirada, obedece a su propio contexto político y filosófico que vino justamente a reemplazar el del derecho hispánico, alterando drásticamente la visión del derecho y el rol de la ley en los albores autónomos de nuestro país.

De esta manera, podemos concluir que el antecedente hispánico del principio de inexcusabilidad, no obstante ser formalmente similar al consagrado en el paradigma del Estado Legislativo de nuestra República, a propósito de sus alcances, no es la fuente directa del mismo.

⁴ En otro texto, el autor señala como final de ésta época, el establecimiento de los tribunales del trabajo en 1931, en BRAVO (2009e, p. 266).

1.2 EN EL DERECHO DE LA REPÚBLICA Y LA INFLUENCIA FRANCESA: EL ESTADO LEGISLATIVO

La independencia de España marcó no solamente el inicio de la autonomía política de nuestra República, sino un deseo no disimulado de desligarse de todo antecedente venido de la península ibérica que recordara el Antiguo Régimen.

Lo anterior, no obstante el hecho de que en la práctica, el derecho que se aplicó hasta la codificación en nuestro país, no fue inmediatamente en su totalidad un derecho patrio, sino que se continuó aplicando el derecho antiguo, no solamente el indiano, sino también el derecho nuevo venido de España⁵, ello debido a la falta de un derecho propio, cuya generación, no obstante haber sido una prioridad para los primeros gobiernos, demoró en obtenerse.

En este ánimo de independencia jurídica, el modelo que vino a reemplazar el paradigma del derecho indiano y castellano, fue el modelo político de Francia, lo que significó adoptar la influencia del liberalismo ilustrado, al igual que el resto de Sudamérica.

La adopción del modelo ilustrado en las colonias iberoamericanas, implicó una nueva concepción del derecho y de la ley, regidos por los principios que la ideología liberal transmitió a través de los movimientos revolucionarios e independentistas de fines del siglo XVIII y principios del XIX.

Estos ideales se hacen fácilmente identificables a través de su materialización en movimientos jurídicos más específicos, como la codificación y el constitucionalismo de aquellos años, que transportados en documentos jurídicos de carácter normativo, provocaron la consolidación de los valores de lo que en doctrina se conoce como “Estado Liberal de Derecho” ó “Estado Legislativo” (MARINONI, 2004), y además proveyeron de modelos escritos concretos de Códigos, Constituciones y Declaraciones de Derechos, que permitieron su rápida expansión, por lo menos en la América del Sur.

Este paradigma contempla como base, el principio de la Supremacía de la Ley, pues ésta última se comprende, basado principalmente en las doctrinas del pacto social, como la emanación de la voluntad soberana que ostenta el mayor grado de legitimidad, extirpándose

⁵ Se refiere la vigencia de leyes peninsulares del tiempo de la emancipación, y también a la Novísima Recopilación de 1805. Incluso hay noticia de la adopción de leyes españolas dictadas con posterioridad a la independencia, en EYZAGUIRRE (2003).

de dicho concepto, la idea iusnaturalista enfocada en el aspecto racional de la ley⁶, reemplazándose por el aspecto volitivo de su origen⁷.

Por eso se indica que para esta visión, el ejercicio de la soberanía en el proceso de formación de la ley, no tiene limitación de contenido, sino sólo respecto las formalidades que regulan su generación, pues siendo la ley el fruto de la soberanía popular, que reside en el órgano legislativo, cuerpo político que cuenta de manera preferencial con la legitimidad que otorga su origen democrático, el acuerdo surgido en su interior, es decisión soberana, y por tanto absoluta e incontrarrestable, y que además, cuyos contenidos sistematizados en códigos, proveen de la solución razonada e ilustrada a los conflictos jurídicos.

Este paradigma que implica al decir de un autor, la omnipotencia de la ley (BRAVO, 2009c), produjo también la impotencia del juez ante ella, reduciéndose la labor jurisdiccional a la “*simple aplicación de la ley, la subsunción de casos particulares bajo una regla general, según la fórmula clásica del racionalismo jurídico*” (BRAVO, 2009c), donde el juez, *simple bouche de la loi*, no podía huir del sentido que el legislador entregaba en su proceso de creación del derecho, por lo que su labor se comprendió –y por cierto se limitó– a una simple aplicación de la ley, limitándose el rol interpretador del judicial a uno simplemente adaptador de su mandato al caso concreto, afirmando en lo particular lo ya dicho por el legislador en general, constituyéndose no sólo en el tercer poder, sino en el último poder del Estado (BRAVO, 2009b).

Con razón se le caracterizaría como un poder *de cualquier modo, nulo* (TARELLO, 1987); lo que corresponde a una declaración de principios revelado del principal temor del diseño institucional del Estado liberal, que el órgano jurisdiccional pudiese torcer impunemente la voluntad popular concretada en la Ley.

Esto explica el origen de una de las características más acentuadas –y que más nos interesa– del paradigma del Estado liberal y del Positivismo Jurídico: esto es, la desconfianza al juez.

Una interesante descripción, que sirve para delimitar estas reflexiones, la otorga GUZMÁN (1981), quien caracteriza el paradigma del derecho moderno a partir de la idea de vinculación dogmática del juez a un principio externo que es la ley, quien se fue progresivamente excluyendo de “*toda posibilidad de interpretación*”, pues la norma, en este

⁶ Recordemos que para Tomás DE AQUINO, la ley es “*cierta ordenación al bien común promulgada por quien tiene a su cargo la comunidad*” (2004, p. 8).

⁷ Téngase como ejemplo, la definición de ley de Andrés BELLO, expresada en el artículo primero del Código Civil chileno, en cuanto “*es una declaración de la voluntad soberana que manifestada en la forma prescrita por la constitución, manda, prohíbe o permite*”.

caso la ley, tal como la había dado a luz el legislador, se comprendió como la principal y última fuente del derecho, que debía por lo mismo, evitar a toda costa, ser amañada y tergiversada por la labor interpretativa del juez, desembocando en una visión formalista del derecho donde “(...) *el juez se limitaba a realizar asépticos silogismos, meras subsunciones, con lo que en su labor no quedaba lugar legítimo para ningún género de valoración ni de creación de derecho*” (GARCIA, 2000).

Esta desconfianza al juez, que se explica no sólo por razones ideológicas de fondo, sino también por motivos bastante viscerales –pero no por ello injustificados, pues los jueces además cargaban con una mala fama de parcialidad y servilismo al régimen absolutista (nos referimos, claro, al caso francés)–, justificó la existencia de herramientas que tenían por fin “*impedir cualquier tipo de activismo judicial*” (JIMENEZ, 2003) que permitiera interpretar la ley, evitando el peligro de que la voluntad soberana, última fuente del derecho, fuese modificada o tergiversada de su intención original.

Una de las soluciones, que se alza como ejemplo de esta preocupación, es la autorización institucional que permite al juez declarar un determinado como “no líquido” –o “*non liquet*”– frente a la falta de regulación legal de un caso concreto, es decir, eximiéndolo de la obligación de pronunciamiento decisorio.

Otra fórmula destinada a enfrentar el mismo problema, lo constituyeron técnicas tales como los *referé legislatif*, o cláusulas de remisión, por medio de las cuales, el caso legalmente insoluble debía ser enviado directamente al legislador fin de que lo aclare, interprete o subsane la falta u oscuridad de la ley. Claramente, por medio de estas vías se busca concretar, en la práctica, una solución al desafío político-filosófico, de defender la voluntad soberana, manifestada preferente y legítimamente a través de la ley, en cuanto fruto del juego legítimo de las mayorías de las asambleas legislativas.

Como se puede apreciar y ya dijimos anteriormente, la situación de la “legalidad” en el marco del Estado Liberal, es tremendamente diferente a la existente antes de los movimientos revolucionarios e independentistas de los siglos XVIII y XIX, –no obstante influencias que el derecho castellano recibió, sin duda, de la ilustración–; diferencia desequilibrante a favor de la ley en su relación con el juez, que permite comprender la primera actitud del legislador ilustrado, de mantener como regla general, la de la excusabilidad del juez y la obligatoriedad del referimiento al legislador.

En efecto, así fue en el caso de Francia, donde se mantuvo como primera opción, luego de la Revolución de 1789, la excusabilidad como pauta general, por medio del referimiento al legislador o *réferé legislatif*, como fórmula que concreta el respeto a la ley a la

qu se somete el juez, en cuanto producto de la voluntad soberana, que de manera legítimamente preferencial, residía en las asambleas legislativas.

Para JIMENEZ (2003), lo anterior sería el resultado de la especial comprensión que los revolucionarios franceses de 1789 y el proyectista constituyente francés de 1793, hicieron de la doctrina de la separación de poderes, donde, a su opinión, lejos de configurar un *check and balance*, o equilibrio entre las funciones del Estado, se le dio una preeminencia al órgano legislativo, representado primordialmente por el parlamento, inaugurando el concepto de la Supremacía de la Ley y Soberanía Parlamentaria (MARINONI, 2004).

En ese entendido, el Estado–Juez se vio “*sometido plenamente al imperio de la ley*” (JIMENEZ, 2003), por cuanto ésta última se consolida como el principal fruto del ejercicio de la soberanía, al emanar de la función legislativa, que se encuentra revestida de la representación legítima de la voluntad general, por lo que torcer la exacta intención del legislador, plasmada en la norma legal, significa pervertir la decisión soberana, y contrariar el fundamento del nuevo régimen.

La creación del Tribunal de Casación francés, en noviembre de 1790, es una demostración de lo anterior, ya que al encontrarse adscrito al Legislador, aseguraba la correcta aplicación de la norma legal, excluyendo a los jueces de la tarea interpretativa, y garantizando una interpretación auténtica.

Lo anterior coincidiría con la pretensión moderna de creación de sistemas jurídicos completos, integrales y sin lagunas, que se verificó en el movimiento codificador –que encuentra uno de sus momentos estelares, en el Code de Napoleón–, como también, la supresión del precedente vinculante o jurisprudencia, como fuente del derecho (MARINONI, 2009), explicando además, la posición que toma el judicial en la configuración orgánica estatal francesa, como “*rama específica de la Administración Pública: la administración de justicia; dependiente además del Gobierno (esto es, del Ejecutivo) a través del Ministerio de Justicia (...)*” (JIMENEZ, 2003)

Sin embargo, como es sabido, la opción francesa –posteriormente seguida en Chile–, fue la de establecer la obligación de fallar como deber insoslayable del juez, tal como fue consagrado en el artículo 4º del Code Civil: “*El juez que rehúse juzgar, bajo pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, podrá ser perseguido como culpable de denegación de justicia*”⁸.

⁸ Traducción obtenida en www.legifrance.gouv.fr: “*Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra éter poursuivi comme culpable de déni de justice*”.

Esta norma es explicada en sus fundamentos por diversos autores, como por ejemplo, PORTALIS en su discurso preliminar sobre el proyecto de Código Civil francés, ocasión en que critica lo que considera una práctica abusiva, en relación con la costumbre de los jueces de utilizar la herramienta de los *référé*s, a fin de solucionar las lagunas legales, proponiendo la posibilidad de que el juez, en defecto de la ley, recurra a principios de equidad, a fin de dar solución a los problemas concretos, considerando como denegación de justicia, la actitud contraria (PORTALIS, 1985)⁹, pues al parecer, se había hecho habitual un uso abusivo de los *référé*s, optándose por la prohibición del *non liquet*.

A nuestro juicio, no hay dudas de que dicho texto es el fundamento histórico directo de nuestro principio de inexcusabilidad, el que fuera recogido casi textual no sólo en Chile, sino en varios países iberoamericanos¹⁰, pues responde con coherencia a la filosofía jurídica imperante en la época.

Recordemos pues, que la ilustración fue el sustento filosófico del positivismo jurídico, cuyos principios políticos, en relación con la función jurisdiccional, implicaban una interesante tensión: por un lado, la prohibición de crear derecho, y por otro, la prohibición de negarse a fallar (RADBRUCH, 2005, p. 121), fundado en la pretensión metodológica y filosófica, de que el derecho codificado no tiene lagunas, por tratarse de un sistema integral y completo, formando una unidad cerrada y completa que impide la contradicción interna o el defecto normativo que justificaba el *non liquet*, atendida la comprensión sistémica del derecho, en cuanto articulado normativo “unitario, coherente y pleno” (MONTORO, 1980, p.

⁹ PORTALIS, (1959). Particularmente revelador es el párrafo, ubicado en la página 42: “Obligar al magistrado a ir en busca de la decisión del legislador cada vez que no cuente con inequívocos textos legales que decidan el caso contrario, sería admitir el más funesto de los principios”, para luego agregar en la página 47, a propósito de la pretensión de un cuerpo legal que prevea todas las posibilidades: “(...) el legislador inútilmente se esforzaría en prevenir o que, de caer en precipitado profetismo, no podría nunca reglamentar sin peligro. A la experiencia le corresponde llenar los claros que dejamos. Los códigos de los pueblos se hacen con el tiempo, mas, en verdad, no acaban de hacerse jamás”.

¹⁰ Sólo a modo de ejemplo: en el Código Civil argentino, encontramos el artículo 15 que señala: “Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes”; así también en la Lei de interpretação do Código Civil de Brasil, también en su Artículo 4º que expresa: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. El actual Código Civil Español, en el primer artículo de su capítulo 1º, denominado “Fuentes del Derecho”, establece en su último numeral que: “Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido”; el actual Código Civil portugués, en su artículo octavo, consagra la obligación de juzgar, señalando en su numeral primero, que “O tribunal não pode abster-se de julgar, invocando a falta ou obscuridade da lei ou alegando dúvida insanável acerca dos factos em litígio”; y el vigente Código Civil del Perú, en su artículo 8º, la “Obligación de suplir los defectos o deficiencias de la ley”, señalando que: “Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano”. Una norma similar consagra su actual Constitución Política, señalando su artículo 139 numeral 8: “El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario”. De www.codigo-civil.org y www.tc.gob.pe/legconperu/constitucion.html, respectivamente.

82).

1.3 LAS RAZONES DE LA PROHIBICIÓN DEL “*NON LIQUET*” Y SU ALCANCE

El ya citado artículo 4° del Código Civil francés, establece entonces una prohibición del juez de declarar *non liquet* (ó no líquido, o sin solución) algún asunto sometido a su conocimiento, lo que en definitiva, le impide apartarse del ejercicio de la función jurisdiccional, para lo cual, incluso, lo autoriza de manera eventual, a realizar labor integradora del derecho en los casos de laguna legal –entendida ésta como silencio, oscuridad ó insuficiencia de la ley, al tenor de la norma citada–, a fin de que emita a todo evento, la decisión jurisdiccional.

Opción que ciertamente se explica, como relata PORTALIS, debido al celo exagerado de los jueces de solicitar la intervención del legislador en los casos sin solución, lo que habría provocado una explosión de peticiones de referimiento, pero también, ello responde a la visión práctica y realista que se impuso en relación a la efectiva concreción de la pretensión positivista de completitud e integridad del sistema jurídico propia de esta época, al reconocerse expresamente la posibilidad de constatarse casos de “defecto de ley”, con lo que se abandona, por lo menos normativamente –no filosóficamente–, la pretensión de plenitud del ordenamiento jurídico.

Además de la intercesión de ésta visión práctica, hay también un elemento de carácter filosófico que fundamenta la prohibición del *non liquet*, pues al soberano de la época, le pareció más coherente y efectivo, delante de los ideales ilustrados, “*permitir cierta licencia al juez en su vínculo con la ley, con el fin de favorecer la consagración de un deber estatal de realizar la actividad judicial a todo evento y de manera inexcusable*” (MARTINEZ, 2012).

En efecto, en el Estado moderno de la ilustración, o Estado liberal, la labor jurisdiccional tiene por objeto realizar los principios inspiradores de la Libertad, Igualdad y Fraternidad, contexto en el que se alza como columna del mismo, el amparo de los derechos subjetivos, esto es, del derecho comprendido como cualidad del individuo, en cuanto facultad individual inviolable¹¹, que se configuran en una relación de tensión con las potestades del Estado, donde el ordenamiento jurídico debía cooperar para su equilibrio, de acuerdo con el individualismo ilustrado inspirador del paradigma.

Es dicho contexto el que explica la separación de poderes y la propia función

¹¹ Nos referimos a la moderna noción del derecho como facultad.

jurisdiccional, entendida como un límite al poder estatal y limitado al mismo tiempo por la ley, pero siempre de frente a ésta cualidad de los individuos, que son sus derechos subjetivos, cuya realización y respeto, justifica la existencia del Estado.

Así, inspirado en el monismo metodológico del positivismo científico, el Estado liberal también presentó su método propio y único para asegurar la prestación jurisdiccional: la fijación de un único procedimiento judicial “*teóricamente neutro*” y entendido como “*garantía de libertad frente al arbitrio del juez*” (MARINONI, 2007), que debía dar solución a los conflictos de los ciudadanos. Mal que mal, se trata del fin del Estado: estar al servicio de los individuos, dignos, libres e iguales en derechos.

En este punto, es en el que asistimos a una reformulación de la labor del juez, que en este contexto se entiende como poder público: de la vieja “*declaración del derecho*” a que nos remite la voz jurisdicción, pasamos a su comprensión como función estatal, destinada a la resolución de conflictos.

Pues el Estado, desde una perspectiva contractualista clásica, se arroga el ejercicio legítimo de la fuerza, y con ello, el monopolio de la resolución de conflictos, excluyendo la autotutela, justificando su supresión, con la existencia del proceso y órganos jurisdiccionales, reconducidos al eje central de su propósito, que es la resolución de conflictos entre privados.

Concuera dicha descripción, con lo que en el sistema norteamericano, se ha ilustrado con la comprensión metafórica del juez como un árbitro (“*judge as umpire*”), sin participación activa, donde su deber se reduce principalmente a proporcionar un medio pacífico de solución de conflictos (OLDFATHER; BOCKHORST; DIMMER, 2010).

Si la función judicial se comprende principalmente a la luz de la resolución de conflictos, la declaración de *non liquet* por parte del juez, implicaría entre otras cosas, el incumplimiento de uno de los fundamentos filosóficos que justifican su existencia, pues “*restaurar y proteger, en todo momento, el orden y la paz social*”, son los fines reconocidos como constitutivos “*de la función primaria del derecho y del Estado*” (MONTORO, 1980), y dentro de él, por supuesto, la administración de justicia.

En ese ambiente, no parecía muy acertado insistir con la posibilidad del *non liquet* o la excusabilidad como regla general, menos si se reconoce la imposibilidad práctica de que el legislador sea capaz de prever soluciones a todos los casos posibles, y especialmente, frente a la concepción de la jurisdicción en cuanto función pública que impone el deber de fallar frente a su principal objeto, que es la consecución de la paz social por medio de la resolución de los conflictos sociales de relevancia jurídica.

En efecto, siendo un valor elemental del Estado liberal, el aseguramiento de la paz

social y el otorgamiento de seguridad jurídica (CALAMANDREI, 1960), no es institucionalmente admisible que al órgano destinado a colaborar con dichos fines, se le permita eludir la resolución de las controversias que se someten a su conocimiento, negándose a otorgar una tutela que conforme la estructura política estatal, le corresponde proveer.

El artículo 4° del Código Civil francés, recoge este principio liberal, comprendiendo la labor judicial –específicamente el “juzgar”–, como deber siempre ineludible, incluso en el caso más grave para este paradigma presidido por la supremacía legal: el silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, aunque ello signifique una apertura al sistema de fuentes, por medio del recurso a la equidad. Así lo consideró PORTALIS (1959) al referirse a ella como una herramienta de integración de la laguna legal, solución que aunque controvertida en el debate de aprobación del Code Civil, como se relata en HUSSON (1980), fue aceptada, principalmente, debido a la mala experiencia en el uso del *référé législatif*; especialmente revelador en este punto, es el argumento de FAURE, al señalar que:

En una palabra, en cualquier asunto, sea civil o criminal, o la ley habla, o ella se calla. Si la ley habla, deberá ser juzgado conforme su voluntad. Si ella calla, deberá juzgarse también, pero con la diferencia de que cuando se trate de un caso civil, los jueces deberán decidirlo según las reglas de la equidad, que consisten en las máximas de derecho natural, de justicia universal y de la razón, y que cuando se trate de un proceso criminal, el acusado deberá ser absuelto debido al silencio de la ley (HUSSON, 1982, p. 542).

Es interesante recalcar, como se puede apreciar de las líneas anteriores, que la comprensión francesa de este principio, lo reduce al deber que le corresponde al juez de contribuir con los fines del Estado, que en esta comprensión ilustrada liberal clásica, corresponde a la resolución de conflictos privados, a fin de otorgar paz social y certeza jurídica, elementos indispensables para la concretización de los ideales del Estado liberal de Derecho.

En este sentido, la posibilidad de integración del derecho por medio del recurso a la equidad es más bien un asunto accesorio –casi un pleonasma–, complementario del principio de inexcusabilidad, a fin de hacerlo más pleno e impedir en el hecho, cualquier pretexto que amenace el cumplimiento de los fines del Estado.

Lo anterior se hace más evidente, frente al texto expreso del ya referido artículo 4° del Código francés, de donde fluye de manera palmaria que la opción legislativa francesa es la consagración de una “prohibición – obligación” destinada y dirigida al órgano judicial, cuyo incumplimiento implica una sanción directa y personal para el juez que “deniega justicia”, incluso tipificado penalmente en el Código del ramo de la época.

En otras palabras, podemos concluir, que el sentido y alcance histórico de este principio, a la luz de las fuentes examinadas, es concretamente una prohibición del “*non liquet*”, pero que corresponde de modo específico, a la obligación ineludible de resolver todas y cada una de las controversias que sean colocadas bajo el conocimiento del juzgador, excluyéndose la posibilidad de admitir alguna justificación que permita excusarse de dicho deber, que se extiende incluso al extremo, de regir aún frente al caso de laguna legal.

Éste es el fundamento directo y ésta es la extensión original de la fuente propia del principio de inexcusabilidad recogido en nuestro sistema jurídico.

2 RECEPCIÓN DEL PRINCIPIO DE INEXCUSABILIDAD EN CHILE

2.1 BREVE ITINERARIO A SU ACTUAL CONSAGRACIÓN NORMATIVA

Como ya planteamos, la independencia de Chile no significó una emancipación instantánea del derecho hispánico, ni siquiera el reemplazo progresivo del derecho colonial por la legislación patria se tradujo en un abandono total del derecho antiguo, el cual continúa aún subsistente en muchos aspectos, pues muchas de sus instituciones fueron recogidas en la labor codificadora nacional (GUZMAN, 2000), de modo que muchas de ellas se mantienen a la fecha vigentes, tanto en derecho de fondo como en materia procesal¹², incluso por disposición expresa en nuestra legislación (CARVAJAL, 2012)¹³.

Sin embargo, de un punto de vista político, el panorama es completamente diferente, donde a propósito de la relación juez – ley, aparece como claro que los pasos dados en nuestro país siguen la inspiración francesa, y no el antecedente hispánico, especialmente si tenemos en consideración, la fuerte ideologización política y filosófica que trasunta a dicho tema, ya mencionadas a propósito del fundamento de la prohibición del *non liquet*, el deber inexcusable de fallar y la tipificación penal a su contravención.

Históricamente en Chile, una primera opción frente esta cuestión, tal como en Francia, fue adoptar el recurso del referimiento al legislador; en efecto, en la Constitución de 1818, en

¹² Prueba de ello, son las notables similitudes de muchas instituciones, figuras y plazos contenidos en el Código de Procedimiento Civil chileno, con el “Cuadernillo de Gutiérrez”, principal sistematización de los procedimientos anteriores a la independencia en los países hispanoamericanos REIMUNDIN, 1953).

¹³ Como lo sostiene CARVAJAL (2012), al referirse al artículo final del Código Civil, que en su fórmula derogatoria general, excluyó de tal efecto las relativas a las materias que se refieran “...a los tribunales especiales no regidos por la Ley de 15 de Octubre de 1875. Sin embargo, los Códigos Civil, de Comercio y de Minería, la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales y las leyes que los hayan complementado o modificado, sólo se entenderán derogados en lo que sean contrarios a las disposiciones de este Código”,

el artículo 2º, del capítulo primero del título V, se indica que en el caso de pugna (EYZAGUIRRE, 2003) entre las normas aplicables (que son las del derecho “antiguo), y las del “*actual sistema liberal de gobierno*”, debía consultarse al Senado para que proveyese el remedio.

Una voluntad similar es mantenida por el constituyente de 1823, en el numeral 2º de su artículo 149, que referido a la competencia de la Corte Suprema, establece entre ellas, el conocimiento en única instancia, “*(e)n las dudas sobre la inteligencia de una ley para consultar al Senado, proponiendo su dictamen*”.

Nos parece que estos casos serían los únicos ejemplos positivos, que en el derecho nuevo republicano chileno se recoge el referimiento al legislador, con excepción por supuesto, del artículo 5º del Código de Bello, que si bien, no corresponde a un referimiento en el sentido puro del término (GUZMÁN, 2007), es sin lugar a dudas, un vestigio de dicha institución.

El ya mencionado doctor GUZMÁN, propone la existencia de dos tendencias en Iberoamérica a propósito del referimiento al legislador, distinguiendo entre aquellos países que fueron influenciados por el Code Civil francés, y aquellos que optaron por una postura más conservadora en este tema, esto es, ligada al derecho viejo.

En estos últimos, por haber sido el referimiento la regla general vigente en el derecho indiano frente al caso de una laguna legal, se optó por mantener dicha institución, como sucede en el Proyecto de Código Civil peruano de 1847, y en el Código Civil del mismo país de 1852, que mantuvo en convivencia tanto el principio de inexcusabilidad como el recurso al legislador (GUZMÁN, 2007).

Chile se encuentra entre aquellos que siguieron la influencia francesa, lo que explica la consolidación normativa del principio de inexcusabilidad.

Un germen de ello, lo encontramos en las denominadas “leyes Marianas”, y en el decreto de 01 de marzo de 1837, que al responder un requerimiento judicial por el cual se solicitó aclaración de normas que hacían referencia al deber de fundamentar las sentencias, consagra el principio del deber inexcusable, imputable a los jueces, de fallar; admitiendo para ello, incluso la equidad como fuente en caso de defecto de ley.

De un modo concreto, encontramos el compromiso con esta tendencia, en aquella de las leyes Marianas de fecha 25 de septiembre de 1837, por la cual se prohíbe todo tipo de dilación en la substanciación de procesos, cuando “*indique un ánimo deliberado de escudarse de tomar conocimiento de la causa*” (MAFFEI, 1965), castigándolo a la usanza francesa: como delito de denegación de justicia.

Como se expresó en un trabajo anterior (MARTINEZ, 2012), el propio BELLO, bosquejó para el Código Civil una regla de inexcusabilidad, al proponerse un proyecto de artículo 4° consagrando dicho principio, de manera muy similar a su homólogo del Code francés, que fue finalmente excluida al considerar la comisión revisora su naturaleza más bien de carácter procesal que sustantiva (GUZMÁN, 2007).

Así, de este modo, fue la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales del año 1875, específicamente en su artículo 9° inciso segundo, la que plasmó finalmente la norma que serviría de modelo definitivo para la inclusión de la regla en referencia, que permanece hasta el día de hoy con muy pocas variaciones, al señalar, textualmente, que: “*Reclamada su intervención en forma legal i en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad ni aún por falta de lei que resuelva la contienda sometida a su decisión*” (BALLESTEROS, 1890), texto que fue dictado en cumplimiento del mandato que el constituyente de 1833, en su artículo 105, encomendó al legislador, para regular y organizar el sistema de administración de justicia, encargo que sólo vio la luz más de 30 años después, al solicitarse su confección a don Francisco VARGAS FONTECILLA, quien presentó su proyecto a una Comisión Revisora, que trabajó entre los años 1864 y 1874, pasando finalmente al Senado, el cual, con fecha 27 de septiembre de 1875, lo aprobó definitivamente, fijando como fecha de entrada en vigencia, el 01 de marzo de 1876 (MAFFEI, 1965).

En el referido inciso segundo del artículo 9° –que reproduce en parte los artículos 14 y 15 del proyecto de VARGAS FONTECILLA–, es evidente la clara relación con el artículo 4° del Código Civil francés; como lo resalta BALLESTEROS en sus comentarios a dicha norma, al expresar que el señalado inciso artículo 9° corresponde a la misma regla francesa, que a fin de evitar la denegación de justicia por medio del referimiento al legislador, ha preferido correr los peligros que implica autorizar al juez a ejercer “*en cierto modo una atribución legislativa*” (BALLESTEROS, 1890), que permitir la excusa del juez de cumplir su deber de fallar.

Si bien éste cuerpo legal sufrió diversas modificaciones, en lo que nos interesa, ha mantenido su redacción original, incluyéndose en la publicación del actual Código Orgánico de Tribunales, de fecha 15 de junio de 1943.

Otras dos normas complementan el principio de inexcusabilidad; nos referimos a los artículos 24 del Código Civil¹⁴ y 170 N° 5 del Código de Procedimiento Civil¹⁵, las que

¹⁴ “*En los casos a que no pudieren 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*”.

consagran el llamado régimen de “jurisdicción de equidad” frente al defecto de ley, cuyo origen refuerza nuestra idea de la influencia francesa en este ámbito en el derecho nacional, pues este recurso es el mismo que se aprecia en el desarrollo doctrinal francés posterior a la codificación.

En efecto (GUZMÁN, 2005), señala haber descubierto la fuente de estas dos últimas normas en el *Cours de Code Civil*, de Claude DELVINCOURT del año 1834, además recordemos que la misma tendencia del recurso a la equidad, había sido formulada por PORTALIS (1959), cuando recomienda expresamente la regla de que “a falta de ley, debe recurrirse a la costumbre o equidad; la equidad es el retorno a la ley natural y a ella hay que acudir ante el silencio, la contradicción, o la obscuridad de las leyes positivas”, solución que si bien no fue recogida expresamente en el título preliminar del Código francés, si fue aceptada por la doctrina (HUSSON, 1980), pues habría sido la opción del codificador, permitir al juez, como último recurso, a fin de evitar la denegación de justicia por medio de la excusa del defecto de la ley, integrar el derecho frente a la laguna legal, con la referencia a la equidad.

En el caso del mencionado numeral 5° del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, éste consagra de manera expresa a los “principios de equidad” como fuente del derecho en caso de ausencia de ley.

Dicha norma tiene como antecedente, el artículo 3° numeral 3 de la Ley sobre el modo de acordar y fundar las sentencias de 12 de septiembre de 1851, en el que intervino directamente Andrés BELLO, al señalar que aquellas deben contener, en defecto de disposiciones legales, “...la costumbre que tenga fuerza de ley; y a falta de unas y otras, las razones de equidad natural que sirvan de fundamento a la sentencia.” Posteriormente, como se indicó, propuso la misma solución en el artículo 4° del proyecto de Código Civil de 1853¹⁶, idea que fue posteriormente recogida –hasta el día hoy– en el ya referido artículo 170 del código procesal vigente.

Por su parte, el artículo 24 del Código Civil, que, aunque en opinión de GUZMÁN, no tendría un rol integrador del derecho, –ya que no opera en ausencia de ley, sino como regla de interpretación cuando hay ley, pero oscura o contradictoria–, a nuestro juicio si tendría importancia en este aspecto, si comprendemos de manera amplia el concepto de defecto de ley

¹⁵ Que a propósito de las sentencias, indica que éstas deben incluir: “La enunciación de las leyes, y en su defecto de los principios de equidad, con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo”

¹⁶ Expresa el proyectado artículo 4°, que “En materias civiles, a falta de lei escrita o de costumbre que tenga fuerza de lei, fallará el juez conforme a lo que dispongan las leyes para objetos análogos, y a falta de éstas, conforme a los principios generales de derecho i de equidad natural”.

o laguna legal, que no se referiría sólo al caso de ausencia, sino también de oscuridad e insuficiencia de la misma (GUZMÁN, 2005).

2.2 RECONOCIMIENTO POSITIVO ACTUAL

El precepto contenido en el inciso segundo del artículo 9° de la Ley de organización de los tribunales de 1875, como ya se dijo, sobrevive de manera textual al ser recogida intacto en el Código Orgánico de Tribunales, que en su artículo 10 inciso segundo señala: *“Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad ni aún por falta de ley que resuelva la contienda sometida a su decisión”*.

Como ya se señaló, dicho texto tiene el alcance otorgado por la comprensión francesa del ejercicio de la función judicial, en cuanto impone una prohibición por la cual el juez no puede apartarse de conocer de cualquier asunto puesto bajo su conocimiento, obligación que se extiende incluso, a *“hacerse cargo del problema de las lagunas legales”* (FIGUEROA, 1996), autorizando al juez en dicho caso, a fundamentar su decisión en una fuente extraña a la ley: esto es, la equidad, por aplicación del numeral 5° del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, que resuelve, a propósito del contenido de las sentencias, la falta de ley *decisoria litis*, indicando que éstas deben incluir: *“5° La enunciación de las leyes, y en su defecto de los principios de equidad, con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo”*, lo anterior, en concordancia con lo ya señalado respecto el artículo 24 del Código Civil.

Como es sabido, se elevó el estatus de dicho principio a rango constitucional, al recogerse casi textual en el el actual artículo 76 de la Constitución Política de la República, específicamente en su inciso segundo: *“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 sometidos a su decisión”*, y nada hace suponer que, en el futuro proceso constituyente, vaya a ser modificado.

De esta manera, podemos decir que el principio de inexcusabilidad, se despliega en nuestro ordenamiento jurídico, en por lo menos tres normas que conforman lo que se podría llamar su estatuto normativo, a saber: aquella que surge del texto constitucional ya mencionado, la del inciso segundo del artículo 10° del Código Orgánico de Tribunales, y el numeral 5° del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, sin perjuicio de otras normas,

como la del artículo 24 del Código Civil¹⁷, ya indicado, y el artículo 112 del Código Orgánico de Tribunales, que a propósito de la regla de la prevención, contiene un mandato de prohibición de excusarse del ejercicio jurisdiccional.

2.3 ALCANCE ACTUAL Y COMPRENSIÓN DEL PRINCIPIO

Como se ha sostenido, el principio de inexcusabilidad en Chile, se encuentra esencialmente marcado por su origen fundado en el artículo 4° del Código Civil de Napoleón, que se despliega en *prima facie* como el deber institucional del juez de fallar a toda costa, en otras palabras, como expresión de la prohibición del recurso al *non liquet*, ampliado, incluso al caso, de laguna o defecto de ley *decisoria litis* en el caso concreto.

A partir de ello, surgen dos aristas que complementan la proyección de este principio, por un lado, entendiéndolo como regla de prohibición dirigida al juez, que le impide apartarse de cumplir su obligación de pronunciarse sobre el mérito de un asunto particular, pero, por otro lado, y para asegurar su eficacia, se alza una cláusula de excepción, que permite, en caso de laguna legal, integrar la equidad como fuente del derecho en la que se puede fundamentar la decisión de fondo, siguiendo el texto legal que expresamente se remite a ella, contenido en el numeral 5° del artículo 170 del estatuto procesal civil. El sentido del primer acápite, es el tratamiento que se le da tradicionalmente tanto en el derecho procesal –en cuanto principio de la jurisdicción–, como en el derecho constitucional, que lo menciona a propósito del estudio del capítulo pertinente al poder judicial de nuestra Constitución, como fluye y se advierte de una revisión de las obras más conocidas de tales ramas¹⁸.

Sin embargo, nos parece interesante para su reflexión, la segunda perspectiva mencionada, por cuanto la fórmula contenida en el numeral 5° del artículo 170 ya citado, al obligar que las sentencias que indica, expresen las leyes en que funda su veredicto “...y en su defecto de los principios de equidad, con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo”, puede entenderse como un caso en que institucionalmente se autoriza a la judicatura excede el principio de legalidad.

Recordemos que tal máxima, según enseña GUASTINI (2001), se caracteriza como una “*garantía frente al poder jurisdiccional*”, por el cual, entre otras exigencias, “*los jueces deben aplicar las leyes, en el sentido que no están autorizados a crear otras nuevas. (pues)*

¹⁷ En opinión de GUZMÁN (2005), dicho precepto no tiene aplicación en el caso de laguna legal, pues se trata de una norma de interpretación, para el caso en que, justamente, sí existe ley.

¹⁸ Para ello, hay una referencia a algunas de tales obras en MARTINEZ (2012).

La función de creación del derecho está reservada, en principio, al Poder Legislativo”.

Así, creemos que esta apertura a una fuente de derecho diferente a la ley a la que el juez puede echar mano para sustentar sus decisiones, puede implicar, entonces, una alteración al basamento propio del diseño institucional moderno, que coloca a la ley como principal fuente del derecho, otorgándole a la inexcusabilidad, un perfil bastante vanguardista, en el contexto de los valores del Estado liberal, que como se ha insinuado, se construye sobre la base de una especial y precisa comprensión de la jurisdicción, propia de la ideología imperante en el *Code de Napoleón*, que al recoger la idea contractualista clásica, coloca en la cima del sistema, la idea primacía de la ley, como consecuencia, no sólo de la mayor carga de legitimidad popular y democrática que emana de las asambleas legislativas, sino también, como emanación de la pretensión de completitud que inspiró el movimiento codificador (CABRILLAC, 2009), pero frente a la eventual falta de solución legislativa, prefiere la actividad judicial

Ratificando esta visión, encontramos la opinión de SALAS (2006), quien en la misma línea considera la consagración constitucional del principio de inexcusabilidad, como una vía que permite la entrada supletoria de la jurisdicción de equidad, indicando que en aquellos casos de deficiencia legal, el juez debe “*desarrollar una tarea eminentemente más personal y subjetiva; hacer uso de su conciencia, sus sentimientos, sus experiencias, su criterio jurídico, en suma, lo mejor de sí*”, que a su parecer, es en suma, la equidad.

Sin embargo, frente a estas precisiones, han surgido reflexiones que proponen de reducir el alcance del principio de inexcusabilidad, llegando incluso a extremos en que, soslayando que se trata de un instituto originalmente pensado como fundamento rector de todo el sistema procesal, sostienen, por ejemplo, que su extensión sólo comprende la materias civiles contenciosas, excluyendo las otras, en razón de su concordancia con el artículo 170 numeral 5° del código de enjuiciamiento civil ya citado, afirmándose que, por lo mismo, sólo tendría aplicación práctica en dichas materias.

En tales condiciones, se afirma, y en virtud de la relevancia que el principio de legalidad ostenta en materia procesal penal, el principio de inexcusabilidad no tendría espacio para su aplicación en tales casos; ni tampoco en lo concerniente a la denominada jurisdicción no contenciosa o voluntaria (CHAVEZ, 2009), atendido el hecho, de que por mandato del artículo 2° del Código Orgánico de Tribunales, dicha actividad procede sólo cuando ley expresa lo autoriza.

Sin embargo, estimamos que una correcta inteligencia de los alcances del principio de inexcusabilidad, exige interpretarlo desde la perspectiva de los contornos de la noción de

jurisdicción, y esta, a su vez, debe ser entendida más allá de la reducción conceptual que suele provenir de la impropia comprensión de sus lineamientos basales, que suele reconducir su eje central estrictamente al cometido de “resolver conflictos”, cuando la verdadera motivación que hay detrás de su estructuración, es otorgar la tutela efectiva de los derechos de los justiciables, pues esa es la acción, que en el diseño institucional liberal republicano, justifica la intervención del Estado en la sociedad, luego de expropiar a los individuos la posibilidad de autotutela. Así las cosas, el debido discernimiento de los límites y extensión del principio de inexcusabilidad, debe proyectarse a partir de la idea de la jurisdicción en cuanto función pública que tiene por derrotero otorgar tutela efectiva (DE LA OLIVA et al., 2008).

De hecho, de la propia redacción de la norma constitucional, aparece que el principio se despliega de un modo mucho más general y amplio que el que puede suponerse, en efecto, de su tenor literal puede extraerse un énfasis gramatical al expresarse que la prohibición de la excusa no procede “*ni aún*” frente a la ausencia de ley, puede entenderse, en el sentido de que los tribunales son inexcusables siempre, incluso, a mayor abundamiento, cuando no exista ley que resuelva el caso concreto, y su operatividad se concreta con las disposiciones legales que lo complementan.

Así, de este modo, surge un esquema de aplicación que parte con el principio general de carácter constitucional (artículo 76 inciso segundo de la Carta Fundamental), consagrando, como ya se ha dicho, la prohibición respecto los jueces –en el contexto de la regulación del poder judicial–, de excusarse de pronunciamiento de mérito en todo asunto que legalmente cumpla con los requisitos de admisibilidad, prohibición ineludible incluso si faltase ley que decida el litigio.

En el caso de defecto de ley en materia civil, el asunto se remite a su ley procesal, que en su artículo 170 N° 5, ordena aplicar los principios de equidad para integrar el derecho, esto tanto en sede contenciosa como voluntaria, pues el texto constitucional utiliza la voz “asunto”, que además de la idea de contienda, amplía su sentido al ámbito de lo no contencioso (FERNANDEZ, 2014).

Lo anterior no excluye la jurisdicción penal, pues en la misma lógica se asegura la aplicación plena del principio, inclusive en el caso de ausencia de ley, por cuanto en dicho evento, la respuesta procedente coherente con sus fundamentos, es la absolución, ello, por aplicación preeminente y específica del principio de legalidad, quedando, de todos modos, prohibida la declaración de “no líquido” del asunto, estatus de pendencia que es el que la

inexcusabilidad repugna.

En efecto, en una sentencia del año 1918¹⁹, se estableció de manera expresa la prohibición del *non liquet* en materia penal, donde la ausencia de norma, hace procedente la sentencia de absolución, en cuanto dicha respuesta implica por un lado, un reconocimiento de no culpabilidad, y por otro y al mismo tiempo, satisface la obligación o deber de fallar, prohibiéndose así, jurisprudencialmente, la excusa de no pronunciarse por falta de ley, sustentándose la vigencia en materia penal de la inexcusabilidad.

Podemos añadir el caso de defecto de ley en materia procesal, pues en virtud del principio en examen, no podría el órgano jurisdiccional reclamado evitar pronunciarse sobre el fondo de un asunto, ni aun en el evento de la existencia de un caso que no tenga asignado un rito procesal específico, pues en tal situación, la inexcusabilidad se complementa con el artículo 3° del Código de Procedimiento Civil, que establece la aplicación supletoria del procedimiento ordinario “...en todas las gestiones, trámites y actuaciones que no estén sometidos a una regla especial diversa, cualquiera que sea su naturaleza”.

CONCLUSIÓN

Como se observa de lo expuesto, la doctrina nacional mayoritaria, así como también la jurisprudencia, al considerar el contenido del principio de inexcusabilidad, no se ha alejado de sus contornos históricos en cuanto a su comprensión como precepto que obliga al juez, bajo ciertas condiciones, a emitir un pronunciamiento de fondo sobre la controversia propuesta; y ello, sin limitaciones, sino que comprendido de manera amplia, en cuanto cláusula aplicable en todos los ámbitos del proceso, esto es como carga insoslayable del órgano jurisdiccional, al cual le corresponde la constatación de que la acción haya sido formulada “*en forma legal y en negocios de su competencia*”, para vincularse inmediatamente al imperativo constitucional que lo coloca en la situación de emitir una decisión de fondo, lo que significa comprender el principio, como cláusula de *non liquet*, o deber de fallar.

En efecto, la jurisprudencia reciente de nuestro máximo tribunal de la República, confirma lo expuesto, por ejemplo, en los antecedentes n° 7.492-19²⁰, proceso en el cual, la Corte Suprema delineó el principio analizado, considerándolos como un elemento configurativo de la noción de jurisdicción, que sitúa al órgano en la necesidad de tramitar y

¹⁹ Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Marzo a Diciembre de 1918, Año XV, Santiago, 1918, p. 408.

²⁰ Se trata de la sentencia dictada el veintisiete de noviembre de dos mil veinte por dicha Corte.

resolver un asunto determinado, otorgando o denegando, pero en caso alguno, omitiendo pronunciamiento o declarándolo no líquido.

Pues bien, en dichos antecedentes, la Corte Suprema resolvió un recurso de casación en el fondo, que se dedujo en contra de una sentencia que, en un procedimiento voluntario, desechó la reclamación que se formuló en contra de un Conservador de Bienes Raíces, por la negativa a practicar ciertas inscripciones registrales; ello, por considerar que la judicatura carece de las facultades –en el caso concreto–, de emitir dicha orden, por cuanto, en lo pertinente, existen eventuales derechos de terceros que se pueden ver afectados. En tal oportunidad, la parte recurrente denunció la infracción del principio de inexcusabilidad, acusando la falta de pronunciamiento sobre la cuestión propuesta; sin embargo, la Corte, luego de plantear que el principio de inexcusabilidad es uno de naturaleza “*definitoria*” de la noción de jurisdicción, en cuanto función pública que lo coloca en la “...*posición indeclinable de emitir una decisión sobre la cuestión planteada*”, plantea directamente que se trata de una “*cláusula de prohibición*” del *non liquet*, pero que en la especie no se infringe, pues no existe omisión de pronunciamiento, cuando la respuesta jurisdiccional es contraria a la pretensión del requirente.

Como se observa, en esta decisión, se propone una visión muy compatible con la génesis del principio en referencia, esto es, la idea del deber de fallar como *onus* ineluctable del juzgador; sin embargo, con anterioridad a dicho pronunciamiento, la Corte Suprema ha venido manifestando, de manera estable y permanente, una visión que podría catalogarse como un poco más novedosa, al asignarle a la inexcusabilidad un rol más activo, en cuanto fundamento del derecho de acción y del debido proceso.

Un ejemplo de tal postura, la encontramos en sede de recurso de queja, específicamente en los antecedentes N° 29.583-19²¹, que inciden en autos iniciados ante un Juzgado de Letras del Trabajo, que en la audiencia preparatoria, se declaró incompetente para conocer de una reclamación en contra de la decisión administrativa, tomada por la Dirección Nacional del Trabajo, que denegó la petición de sustitución de una multa. En tal ocasión, recurrida la resolución de segunda instancia, que confirmó lo obrado, la Corte acogió el arbitrio deducido, sobre la base de la consideración, entre otros institutos, del principio de inexcusabilidad; señala, en efecto, que “*dicho principio se vincula a la noción de debido proceso y, específicamente con el ejercicio del derecho de acción, en cuanto prerrogativa de naturaleza fundamental que incluye no sólo el acceso a la justicia sino también el amparo y*

²¹ Decisión pronunciada el dieciocho de noviembre de dos mil diecinueve del referido tribunal.

tutela efectiva del derecho sustantivo que se reclama”, y que, por lo mismo, se trata de un concepto que es posible reconducir más allá de la comprensión de una mera cláusula de prohibición de omitir pronunciamiento, sino que se trata de un precepto que impide excluir del conocimiento del órgano jurisdiccional, cualquier asunto que le sea legalmente propuesto. En sentidos similares, la Corte Suprema se pronuncia en las causas N° 832-18, 28.356-18, 69.701-20, 119.110-20 y otros.

En suma, creemos que el principio de inexcusabilidad, más allá de su evidente perfil imperativo, en cuanto deber de fallar que se le impone al juez, tiene un ámbito de aplicación, coherente con su origen histórico, más amplio que su consideración como cláusula de prohibición del non liquet, sino que se reconduce a la idea del ejercicio de la jurisdicción, entendida como la función destinada a garantizar la tutela efectiva de los derechos.

REFERENCIAS

BALLESTEROS, Manuel. **La lei de organización i atribuciones de los tribunales de Chile; antecedentes, concordancias i aplicación práctica de sus disposiciones**. Santiago: Editorial Nacional, 1890.

BRAVO LIRA, Bernardino. **Iurisdictio et territorium, fundameno de la constitución estatal de hispanoamérica**, en *El juez entre el derecho y la ley, en el mundo hispánico. Del estado de derecho al derecho del estado (siglos XVI a XXI)*. Santiago: Legal Publishing, 2009a.

BRAVO LIRA, Bernardino. **Judicatura e institucionalidad en Chile**, en *El juez entre el derecho y la ley, en el mundo hispánico. Del estado de derecho al derecho del estado (siglos XVI a XXI)*. Santiago: Legal Publishing, 2009b.

BRAVO LIRA, Bernardino. **Las dos caras de la codificación en europa continental e iberoamérica**, en *El juez entre el derecho y la ley, en el mundo hispánico. Del estado de derecho al derecho del estado (siglos XVI a XXI)*. Santiago: Legal Publishing, 2009c.

BRAVO LIRA, Bernardino. **Los estudios sobre la judicatura chilena en los siglos XIX y XX**, en *El juez entre el derecho y la ley, en el mundo hispánico. Del estado de derecho al derecho del estado (siglos XVI a XXI)*. Santiago: Legal Publishing, 2009d.

BRAVO LIRA, Bernardino. **Metamorfosis de la legalidad. Forma y destino de un ideal dieciochesco**, en *El juez entre el derecho y la ley, en el mundo hispánico. Del estado de derecho al derecho del estado (siglos XVI a XXI)*. Santiago: Legal Publishing, 2009e.

BURDEAU, Georges. **Tratado de ciencia política 3**, t. II, v. 2. México: UNAM, 1980.

CABRILLAC, Rémy. **Las codificaciones**. Traducción de P. Pulido y C. Bulnes, dirección de M. Tapia. Santiago: Flandes Indiano, 2009.

CALAMANDREI, Piero. **proceso y democracia**. Buenos Aires, 1960.

CARVAJAL RAMÍREZ, Patricio-Ignacio. “Non liquet! Facilidad probatoria en el proyecto de un nuevo Código Procesal Civil”. **Revista Chilena de Derecho**, Santiago, v. 39, n. 3, p. 565-604, 2012.

CHAVEZ, Eric. **Derecho procesal orgánico y funcional**. Santiago: Aremi, 2009.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; DÍEZ-PICAZO GIMENEZ, Ignacio; VEGA TORRES, Jaime. **Derecho procesal**. Introducción. Madrid: Editorial Universitaria R. Areces, 2008.

DEL CLARO, Roberto. **Direcao material do processo**. Tesis Doctoral, Facultad de Derecho de la Universidad de Sao Paulo.

EYZAGUIRRE, Jaime. **Historia del derecho 17**. Santiago: Editorial Universitaria, 2003.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel. El Principio Constitucional de Inexcusabilidad. **Revista de Derecho Público**, v. 80, sem 2014.

FIGUEROA, María Angélica. Algunos antecedentes históricos sobre los principios de inexcusabilidad y legalidad. **Revista de Estudios Histórico-Jurídicos**, Valparaíso, XVIII, 1996.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. La Teoría de la Argumentación Jurídica: Logros y Carencias. **Revista de Ciencias Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso**, n. 45, 2000.

GUASTINI, Riccardo. **Estudios de teoría constitucional**. México: UNAM, 2001.

GUZMÁN Brito, Alejandro. El Juez entre la Equidad y la Ley: un Estudio Histórico-Dogmático. **Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales**, n. 78, 1981.

GUZMÁN BRITO, Alejandro. El significado histórico de las expresiones equidad natural y principios de equidad en el derecho chileno. In: **Estudios dogmáticos de derecho civil**. Valparaíso: Ediciones Universitarias, 2005.

GUZMÁN BRITO, Alejandro. **Las reglas del “código civil” de Chile sobre interpretación de las leyes**. Santiago: Lexis Nexis, 2007.

GUZMÁN BRITO, Alejandro. Para la historia del derecho subjetivo. **Revista Chilena de Derecho**, Valparaíso, n. 2, 1975.

HUSSON, Leon. Un débat révélateur: la discussion de l'article 4 du code napoleón. In: RODRÍGUES, Fausto (coord.). **Estudios en Honor del Doctor Luis Recaséns Siches**. México: UNAM, 1980.

JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael. **El constitucionalismo. Proceso de formación y fundamentos del derecho constitucional**. Madrid: Marcial Pons, 2003.

MAFFEI BELLONI, Jaime. **Estudio de la organización judicial en Chile desde el primer congreso nacional hasta la dictación de la ley orgánica de tribunales de 1875**. Memoria de

prueba para optar al grado de licenciado en la Facultad de Ciencias Políticas, Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Santiago, 1965.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, n. 49, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: teoria geral do processo**. v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. El derecho de acción en la constitución brasileña. **Revista Ius et Praxis**, n. 13, 2007.

MARTINEZ BENAVIDES, Patricio. El Principio de Inexcusabilidad y el Derecho de Acción desde la perspectiva del Estado Constitucional. **Revista Chilena de Derecho**, Santiago, v. 39, n. 1, p. 113-147, abril 2012.

MONTERO AROCA, Juan. **La herencia procesal española**. México: UNAM, 1994.

MONTORO BALLESTEROS, Alberto. **Conflicto social, derecho y proceso**. Murcia: U de Murcia, 1980.

OLDFATHER, Chad M., BOCKHORST, Joseph P., DIMMER, Brian P. Judicial inaction in action? Toward a measure of judicial responsiveness. **Marquette University Law School Legal Studies Research Paper Series**, v.10, n. 32, Julio, 2010.

PORTALIS, Jean-Etienne. **Discurso preliminar sobre el proyecto de código civil presentado el primero de pluvioso del año IX por la comisión designada por el gobierno consular**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1959.

RADBRUCH, Gustav. **Introducción a la filosofía del derecho**. México: Fondo de Cultura Económica, 2005.

REIMUNDIN, Ricardo. **Antecedentes históricos del derecho procesal indiano**. Tucumán: Universidad Nacional de Tucumán, "Cátedra España", 1953.

SALAS VIVALDI, Julio. **Estudios de derecho procesal**. Santiago: Lexis Nexis, 2006.

TOPASIO FERRETI, Aldo. Fundamentos históricos del principio de inexcusabilidad del juez en el devenir jurídico hispánico y chileno. **Revista Chilena de Historia del Derecho**, n. 9, 1983.

VILLEY, Michel. **Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo**. Valparaíso, 1976.