

JUDEX, MINISTER AEQUITATIS

La integración del derecho antes y después de la codificación

Tal vez nada refleja más claramente la verdadera naturaleza de un derecho que el papel que en él desempeña el juez. Este papel no es fácil de cambiar, pero a menudo ligeras alteraciones del mismo tienen proyecciones incalculables. Al menos esto es lo que sucede en Europa continental y en Iberoamérica con la codificación.

Antes de ella, bajo el signo del Derecho común, el juez se elevó a una altura incomparable. Llegó a ser el eje de todo el derecho vigente. La codificación lo destruyó. Lo arrancó de este sitio e hizo posible su subordinación a la legalidad. Lo que equivale a maniatarlo, a reducir la función judicial a la mínima expresión, a una mera aplicación de los dictados de gobernantes y legisladores.

Hasta ahora se ha partido del supuesto de que el significado de la codificación radica primordialmente en el contenido de los nuevos cuerpos del Derecho nacional ¹. Sólo en tiempos más recientes la investigación comienza a fijarse en la posición del juez ante el Derecho vigente ². Dentro de esta línea pretende

¹ Para esto y lo que sigue, WIEACKER, Franz, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Gotinga 1952, hay trad. castellana, Madrid 1957 COING, Helmut (ed.), *Handbuch der Quellen und Literatur der Neuren europäischen Privatrechtsgeschichte*, 3 tomos aparecidos (en 6 vol.), Munich 1973-82

² ARNAUD, André Jean, *Les origines doctrinales du Code Civil français*, París 1969 GAGNER, Sten, *Die Wissenschaft des Gemeinen Rechts und der Codex Maximilianeus Bavaricus civilis*, en COING, Helmut, y WILHELM, Walter, *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, Francfort 1974

situarse el presente estudio, centrado en el juez y no en la Ley, vale decir en la actitud que asume el juez ante el derecho codificado.

En concreto queremos tratar aquí de la integración del derecho. El modo como el juez enfrenta los vacíos y oscuridades con que tropieza al aplicarlo es clave para determinar su posición real frente al derecho vigente. Para subsanar estas insuficiencias se ha acudido no pocas veces a la equidad. Pero no siempre se la entiende de la misma manera ni se la emplea en los mismos términos. Debido a estas variaciones, la amplitud con que se concibe y aplica la equidad es un buen índice de la latitud de que, en el hecho, goza el juez para resolver los casos sometidos a su decisión y, por ende, del papel que efectivamente juega dentro del derecho vigente.

En términos generales, desde el Derecho común hasta la codificación pueden distinguirse tres grandes momentos respecto al papel de la equidad y del juez, que es como su ministro. Primeramente está el apogeo del Derecho común desde el siglo XII hasta el XVIII. Es la época de la *aequitas nondum constituta* y, por ende, del arbitrio judicial. Luego, con la Ilustración se inicia el declive de ambas debido a la prevención contra la mencionada *aequitas nondum constituta* y a la desconfianza frente al juez. Finalmente, con la codificación se busca en la ley el remedio contra la arbitrariedad judicial. Se hace primar la *aequitas constituta* sobre la *nondum constituta* y se intenta enjaular al juez dentro del derecho legislado.

La exposición comprende una introducción y tres partes dedicadas a los tres grandes momentos antedichos. A modo de epílogo se esbozan las dos vertientes de la codificación: la legal y la judicial. Lo que nos permite apuntar a los resultados prácticos del legalismo judicial.

WAGNER, Wolfgang, *Die Wissenschaft des Gemeinen römischen Rechts und das allgemeine Landrecht für die Preussische Staaten*, allí mismo OGRIS, Werner, *die Wissenschaft des Gemeinen Rechts und das österreichische Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch*, allí mismo

I

INTRODUCCION

El juez, del Derecho común a la codificación

Por muchos siglos fueron los juristas quienes fijaron la posición del juez ante el derecho vigente. La recepción del Derecho común en Europa a partir del siglo XII y su difusión ulterior en Iberoamérica, a partir del siglo XVI, es inseparable de la figura del juez letrado. Por tal se entiende el formado en las universidades, que son los centros donde se cultiva el Derecho común a partir del estudio científico del derecho romano y del derecho canónico. Prospera así un derecho de juristas, cuya elaboración, transmisión y aplicación está en gran medida en manos de estudiosos. Es decir, se lleva a cabo por su autoridad, mediante el reconocimiento público de que goza el saber de los autores, en este caso de los estudiosos del derecho.

La codificación representa en cierto modo la inversión de esta corriente viva que alimenta al Derecho común. A ese Derecho común se opone el derecho nacional codificado, es decir, contenido en los nuevos cuerpos legales. Como tales, estos códigos son elaborados a requerimiento de los gobernantes y puestos en vigencia por ellos mismos. Es decir, estamos en presencia de un derecho legislado, cuya elaboración, transmisión y aplicación es obra principalmente de los gobernantes. A los juristas no les cabe más que un papel auxiliar. Su autoridad cede paso a la potestad del legislador. Tanto el jurista como el juez pasan, pues, a ocupar un lugar secundario, subordinado.

Este es el verdadero significado de la codificación. Es cierto que materialmente consistió en la formación de nuevos cuerpos legales de derecho nacional. Pero no es menos cierto que su contenido se tomó fundamentalmente del derecho anterior. Así, pues, su novedad no está en los textos mismos, sino en la nueva actitud del juez ante el derecho que esos textos hicieron posible.

Hoy sabemos que pese a las críticas al derecho anterior, los autores de los grandes códigos europeos —el ALR prusiano, el

ABGB austríaco o los *cinq codes* franceses— permanecieron en lo sustancial fieles a ese derecho. Buenos conocedores del mismo, se guardan de romper con él. Otro tanto sucede con los grandes códigos de Derecho castellano o portugués: el penal brasileño de 1830 y el español de 1848 ³, el civil de Chile ⁴, de Argentina ⁵ o de Brasil ⁶ y, en general, con los de procedimiento ⁷. Sus autores no se proponen hacer una obra original. Tampoco copian un modelo extranjero. Su labor consiste primordialmente en recoger y formular el derecho castellano o portugués vigente hasta entonces. Es lo que, hace ya varios lustros, acertó a expresar con singular claridad Alamiro de Avila a propósito del chileno: «El Código civil no salió de la mente del codificador, sino que existía con anterioridad y era válido en toda América española» ⁸.

Los códigos son, pues, cuerpos de derecho patrio o nacional. Se forman sobre la base del derecho anterior al que la crítica ilustrada no parece haber hecho demasiada mella. Después de todo, esa crítica tiene mucho de tópico, como muestra la reciente

³ Para esto y lo que sigue, BRAVO LIRA, «Relaciones entre la codificación europea y la hispanoamericana», en *REHJ* 9, 1984

⁴ GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Andrés Bello, codificador*, 2 vol., Santiago 1982 BRAVO LIRA, Bernardino, «La codificación en Chile 1811-1907, dentro del marco de la codificación europea e hispanoamericana», en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 12, Valparaíso 1987-88 NELLE DIETRICH, *Entstehung und Austrahlungswirkung des chilenisches Zivilgesetzbuch von Andrés Bello*, Francfort del Main 1988

⁵ CHANÉTON, Abel, *Historia de Vélez Sársfield*, Buenos Aires 1938 TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, *La codificación en Argentina 1810-1870 Mentalidad social e ideas jurídicas*, Buenos Aires 1977 LEVAGGI, Abelardo, *Manual de Historia del Derecho*, 3 vol., Buenos Aires 1986-91, 2, pp 265 ss

⁶ MEIRA, Silvio Bastos de, *Texeira de Freitas, o juriconsulto do império Vida e obra*, Río de Janeiro 1979

⁷ LEVAGGI, Abelardo, «Desarrollo del Derecho procesal argentino en la primera mitad del siglo XX», en *RIHD* 25, 1979 El mismo, «La codificación del procedimiento criminal en la Argentina en la segunda mitad del siglo XIX», *ibid* II El mismo, «La codificación del procedimiento civil en la Argentina», en *RCHHD* 9, 1984 BRAVO LIRA, Bernardino, «El Derecho indiano y sus raíces europeas Derecho común y propio de Castilla», en *AHDE* 58, 1988, ahora en su «Derecho común y derecho propio», en el *Nuevo Mundo*, Santiago 1989

⁸ AVILA MARTEL, Alamiro, «De la enseñanza del Derecho romano en Chile (desde sus orígenes hasta el siglo XIX)», en *Romanitas*, Río de Janeiro 1971, p 99, nota

investigación. Hasta el punto de que se repiten, a veces literalmente, expresiones con que Justiniano, en su tiempo, más de un milenio antes de la codificación, fundamentara la labor de los redactores de su *corpus iuris civilis* ⁹. Por otro lado, estas mismas expresiones podrían volver a aplicarse muy bien hoy al propio derecho codificado, a la vuelta de más de siglo y medio de vigencia.

En suma, antes y después de la codificación, las quejas son las mismas. Hogaño como antaño, la multitud de las leyes, sus oscuridades, contradicciones y defectos, la proliferación de comentarios y de opiniones que se hacen fuego entre sí, terminan de igual manera: en incertidumbre e inseguridad para los ciudadanos. La única gran diferencia entre la época anterior y la posterior a la codificación parece estar en que entonces los males se atribuían al arbitrio de los jueces y hoy hay que atribuirlos a la arbitrariedad de los gobernantes, bajo la forma de abusos legislativos o la mil veces más temible, por más directa y asfixiante, de los abusos administrativos.

La verdadera meta de la codificación no fue, pues, alterar el derecho nacional, sino superponerlo al Derecho común. En este sentido, la codificación no es sino un paso más dentro de una lucha varias veces secular por hacer prevalecer el derecho nacional frente al común. Tal es la razón de la formación de estos cuerpos legales de derecho nacional. Tal es también la razón por la cual se intenta someter al juez a la ley. Sólo por ese medio es posible que el derecho codificado rija con independencia del Derecho común.

Como es sabido, el dualismo Derecho común-derechos propios es de origen bajomedieval. Se remonta a los principios del cultivo científico del derecho en las universidades. A partir de entonces el derecho vigente se compone de dos grandes masas jurídicas muy disímiles. Por un lado, el Derecho común, un derecho de juristas, alimentado por una corriente viva de opiniones autorizadas. Su cultivo se hacía en las universidades por juristas a partir de dos grandes veneros: el derecho romano y el derecho canónico, que constituían el *utrumque ius*. Por otro lado

⁹ GUZMÁN, nota 4, 1, p 135

estaban los derechos propios, tan múltiples y diversos como los pueblos y regiones y a quienes pertenecían. Constituían un conjunto muy abigarrado y dispar, generalmente consuetudinario, vigente en determinado reino, país o comarca.

Dentro de este dualismo Derecho común-derechos propios ocupaba el juez el lugar central. A él le competía articularlos entre sí. No era tarea fácil dada la disparidad entre ellos: un derecho de juristas y unos derechos consuetudinarios. Lo que es leyes y derecho legislado, al principio casi no existían. Pero con el tiempo adquirieron relieve creciente.

Hasta la codificación, la cuestión más delicada, apremiante y ordinaria para el juez fue determinar el derecho que correspondía aplicar. Al efecto contaba con la doctrina de los juristas, quienes sentaron las bases para compaginar la vigencia del Derecho común con los derechos propios. Se reconoció al primero una primacía que no excluía la aplicación de los otros. Dicha superioridad se manifiesta, principalmente, de dos maneras. Por una parte, el Derecho común es como el marco general dentro del cual debe encuadrarse la vigencia de los derechos propios. Lo que expresa de una manera muy precisa la regla *odia restringi*¹⁰. Conforme a ella, el derecho propio debe aplicarse del modo

¹⁰ *Decretalium*, Liber Sextus 5, 5, 13. *odia restringi et favores convenit ampliari* STEIN, Peter, «The formation of the Glosse De Regulis iuris and the glosators concept of regula», en *Convegno Internazionale di Studi Accursiani*, Milán 1963 El mismo, *Regulae iuris From juristic rules to legal maxims*, Edimburgo 1966 ARIAS BONET, Juan Antonio, «Las reglas del Derecho en la Séptima Partida», en *AHDE* 48, 1978. DUEÑAS, Petrus, *Regulorum iuris utriusque*, Salamanca 1554 SOCINI et al., *Regulae iuris tam civilis quam canonici*, Francfort 1570 AZONI et al., *Regularum im utriusque iuris tam civili quam pontifici*, 2 vol., Lyon 1587. Obras clásicas sobre la materia son la de BRONCHORST, Ever, *Comentarios al título del Digesto De regulis iuris*, Leyden 1624, y las de PEDROSA Y MENESES, Fernando, *Repetita praelectio ad titulum Pandectarum de diversis regulis iuris*, Salamanca 1665, y *Academia expositio ad titulum de regulis iuris, ex libro Sexto Decretalium*, Salamanca 1666 Obras contemporáneas muy usadas en América: GARCÍA GOYENA, Florencio, *Reglas del Derecho romano*, Madrid 1841. MACKELDEY, Ferdinand, *Elementos de Derecho romano*, 2 vol., Madrid 1844, 2. *Manual de las Reglas* FLEURY, Claude, *Institutions du droit français*, cap. 4, 165, publicadas en París sólo en 1858

Sobre la vigencia de las reglas en Iberoamérica, GONZÁLEZ, María del Refugio, «Las reglas del Derecho en México durante el siglo XX», en *Anuario Jurídico* 11, México BRAVO LIRA, nota 4 Sobre la regla en cuestión, DOLEZALEK, Gero,

menos odioso, entendiendo por tal el que lesiona al Derecho común. Por otra parte, donde no hay derecho propio se retorna al común, lo cual significa que éste tiene un papel supletorio y se acude a él cada vez que es necesario llenar los vacíos u oscuridades y contradicciones del derecho propio. Tal es el papel de la *aequitas nondum constituta*¹¹. Según esto, los pilares de la primacía del Derecho común sobre los derechos propios son su papel moderador e integrador de los mismos.

Bajo este signo se inicia la Edad Moderna. Por esta época el derecho real comienza a consolidar su primacía dentro del derecho propio. Relega a un segundo plano a los usos de la tierra, a los derechos municipales y demás. Se convierte así en el principal exponente del derecho propio y, *pars pro toto*, en sinónimo de él. Ahora se habla cada vez más de derecho real y se lo califica de derecho patrio o nacional, expresiones que desplazan a la de derecho propio. En otras palabras: la polaridad Derecho común-derecho propio deja paso a una tensión derecho nacional-Derecho común.

Este ascenso de los derechos nacionales es la tónica de la Edad Moderna. No se refiere tan sólo a su avance entre los otros derechos propios. Se extiende, asimismo, a su afirmación frente al Derecho común¹². El síntoma más claro de ello es que la regla *odia restringi* deje de ser indiscutida y se convierta en materia de disputa. Se inicia así su declinación, que es paralela y, en cierto modo, reflejo del reflujo del Derecho común frente al derecho nacional.

La otra cara de este reflujo es la prevención contra la *aequitas nondum constituta*, que no es sino un rechazo del papel integrador de los derechos nacionales por el Derecho común¹³.

Odia restringere Taak en toekomst der geschiedenis van het canonick recht, Nimega 1986 BRAVO LIRA, Bernardino, *Odia restringi Forma y destino de una regla de derecho en Europa e Iberoamérica durante la Edad Moderna* en TC 18, 1991

¹¹ Cfr CICERONIS, *Topica* 4, 24 IRNERIUS, en *Summa codicis, De nomine libri et materia* 3. Ultimamente, GUZMÁN BRITO, Alejandro, «El juez entre la equidad y la Ley», en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 78, Santiago 1981, parte 1, pp. 5 y ss El mismo, nota 13

¹² BRAVO LIRA, nota 7

¹³ GUZMÁN BRITO, Alejandro, «El significado histórico de las expresiones

Con todo, el derecho nacional sólo consigue desligarse del común mediante su codificación. Los códigos utilizan ampliamente el Derecho común, pero para transformarlo en cierto modo en derecho legislado, es decir, vigente, no en virtud de la autoridad de los juristas, sino de la potestad de los gobernantes. Se entiende así que en cada Estado lo único que tiene fuerza obligatoria es el código, dictado por el legislador ¹⁴.

Sin embargo, hay un largo camino, demasiado ignorado, entre la dictación de los códigos y la primacía del derecho legislado. Esta no se obtiene por el poder de los gobernantes. Proviene de la autoridad de los jueces. Ellos son, en último término, quienes han de avenirse a ejercer su competencia dentro del marco de la legalidad. Es decir, a no sobrepasarla, a no acudir más al Derecho común ni para regular su vigencia ni para integrar sus lagunas.

Todo esto supone un verdadero cambio de mentalidad, sin la cual el juez no podría desprenderse del *ars boni et aequi*, es decir, la declaración del derecho —*iuris dictio*— caso por caso, para abrazar la técnica de subsumir casos particulares bajo una ley general.

Pasemos a ver ahora este vuelco en el papel del juez a la luz de la equidad.

II

DERECHO COMUN Y AEQUITAS NONDUM CONSTITUTA

A lo largo de todo este estudio nos encontraremos con que a menudo los términos de equidad y derecho romano se consideran equivalentes en cuanto medios de integración del derecho vigente.

Esta equiparación se remonta a los glosadores y se fundamenta

equidad natural y principios de equidad en el Derecho chileno», en *Revista de Ciencias Sociales*, 18-19, Valparaíso 1981, p. 138

¹⁴ KIRCHMANN, Julius Hermann von, *Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, Berlín 1848, trad. castellana en *La Ciencia del Derecho*, Buenos Aires 1949

¹⁵ Sobre esto, en forma muy penetrante, GUZMÁN, nota, 11, esp. 108 ss.

en su convicción de que el derecho romano es precisamente expresión de la equidad.

Los glosadores distinguían dos tipos de equidad: una *aequitas constituta*, que se halla contenida en leyes o costumbres, y otra *aequitas nondum constituta*, que es la que sirve para suplir los vacíos de unas y otras. A ésta la definen, al modo ciceroniano, como adecuación de las cosas que todo lo equipara y que en casos iguales exige igual derecho ¹⁶.

Los juristas ven en el derecho romano la expresión más pura de esta razón natural, de esta equidad natural. En cuanto tal, el derecho romano, y con él, en cierto modo, el Derecho común, se toman a sus ojos inderogables por ningún derecho positivo. Todavía en el siglo XVIII un autor ilustrado como Gregorio Mayans (1699-1781) fundamenta en esta forma «el valor y grande autoridad del Derecho romano en los tribunales de España y en casi todos los de Europa, aun después de su abrogación». «Porque como la mayor parte del Derecho romano está sacada del natural y de las gentes, es necesario que en lo que toca a estos derechos permanezca inviolable» ¹⁷.

En diversas partes de Europa que no formaban parte del sacro Imperio romano-germánico, sucesor del imperio romano, los juristas entendieron que regía el derecho romano, por cierto no *ratione imperii*, sino *imperio rationis*. Es decir, el derecho romano se aplicaba en algunas regiones, como Italia y Alemania, *ratione imperii*, esto es, por formar parte del imperio, en cuanto allí estaba respaldado por la potestad universal del emperador. En otras, como España o Francia, el derecho romano se aplicaba, en cambio, *imperio rationis*, por estar respaldado por la autoridad de la razón, que es también universal ¹⁸.

Todas estas nociones y distinciones llegan vivas hasta la época de la codificación. Sin ellas es imposible comprender el sentido de expresiones como equidad natural, razones de equidad o principios de la razón natural. Ellas aluden a una *aequitas nondum*

¹⁶ GUZMÁN, nota 13

¹⁷ MAYANS, Gregorio, Carta prólogo a BERNÍ, José, *Instituta civil y real*, Madrid 1744, cito ed. Madrid 1760

¹⁸ GUZMÁN, Alejandro, *Ratio scripta*, Francfort del M., 1981, con bibliografía

constituta. En tanto que las expresiones: espíritu general de la legislación o principios generales del Derecho se refieren más bien a una *aequitas constituta*, tal como se contiene en las leyes y costumbres vigentes.

Pero en el siglo XVIII, bajo el signo de la Ilustración, los términos razón y natural cambian de acento. Dicho en forma muy general, ya no se los entiende simplemente como reflejo del ser hombre y de las cosas, *ratio scripta*, sino como fruto de la razón humana que aspira a rehacer el mundo según sus dictados, es decir, de una *ratio critica*. De la misma manera, por derecho natural no se entiende ya el que está ínsito en la realidad de las cosas y es conocido por la razón humana. A esta noción realista, llamada también católica, se opone otra racionalista, denominada protestante. Para ella el derecho natural es producto de la razón humana, de las lucubraciones acerca del hombre individual. Esta nueva manera de ver las cosas se refleja inequívocamente en una preferencia por la *aequitas constituta*, derivada de la ley, y en una resistencia o desconfianza frente a la equidad natural, de la cual se teme que acabe en una pura equidad cerebrina.

Tal es el contexto dentro del cual se mueven los codificadores.

La postura realista está representada principalmente por un autor del siglo XVII que goza de gran autoridad, el francés Jean Domat (1625-1696). Conocida es su influencia sobre la codificación francesa. Para él equidad natural y derecho romano son equivalentes. «Los libros de derecho romano son el depósito de las reglas naturales de la equidad.» De las decisiones incorporadas al derecho romano dice: «Tienen el carácter de ley natural por los principios de equidad natural de donde ellas han sido extraídas»¹⁹.

Dentro de esta misma línea realista se sitúa, a mediados del siglo XVIII, el valenciano Gregorio Mayans. Este jurista recoge la distinción medieval entre las dos *aequitates*. Diferencia una equidad de las leyes y costumbres de una equidad natural. Explica que ésta es la que juega un papel integrador del Derecho vigente «si el Derecho escrito o no escrito tiene demasiada generalidad —es decir, es excesivo— o menos de lo que conviene —es decir,

¹⁹ DOMAT, Jean, *Traité des loix*, preface, 11, 29, 13, 9 En el mismo, nota 16

se queda corto—». Según esto, considera a esta «equidad natural o de derecho de gentes, como corregidora de aquella demasía o suplidora de aquel defecto».

Como la generalidad de los autores, hace derivar de ella «el valor y la autoridad intrínseca del derecho romano, que consisten en la razón de la equidad natural confirmada por la potestad legisladora». Por tanto, «el derecho romano, en lo que contiene del derecho natural y de las gentes, siempre ha tenido y mantenido el mismo vigor y autoridad». En cambio, ese mismo derecho romano, «en lo meramente positivo, solamente tiene fuerza de ley en lo que está especialmente confirmado por las leyes y costumbres patrias»²⁰.

Tal era, por lo demás, la práctica de los tribunales castellanos e indianos, que hacían largo uso del arbitrio judicial, especialmente para moderar las penas, demasiado severas, de la legislación medieval, entonces todavía vigente. Para ellos, la equidad estaba en muchos casos representada por el derecho romano.

III

DE LA *RATIO SCRIPTA* A LA RAZON NATURAL

Con la Ilustración toma cuerpo una cierta reticencia frente a la equidad natural y, por tanto, frente al juez, que es quien la aplica. Dentro del área jurídica castellano-portuguesa, uno de sus representantes más influyentes es Juan Francisco de Castro (1731-1790)²¹. Este autor no se limita a analizar el papel que la equidad juega en la práctica judicial de Castilla, por lo demás muy similar a la de Indias. Asume una postura eminentemente crítica. En su opinión, el papel supletorio de la equidad se ha hipertrofiado a causa de la imperfección de las leyes: «cuando hay decisión ex-

²⁰ MAYANS, nota 17

²¹ CASTRO, Juan Francisco de, *Discursos críticos sobre las leyes y sus intérpretes*, Madrid 1765, cito ed 2 vol , Madrid 1829, 1, 216-217

presa de ley y su autoridad es conocida, cesando el motivo de grandes controversias, cesa también el recurso a los intérpretes». Pero añade: «son ya muy raros los casos que se comprenden claramente en la letra de la ley, y en que no sea necesario hacer recurso a doctores...». Y explica: «Su autoridad es tan grande que tiene veces de ley. Apartarnos de la doctrina común de los doctores es apartarnos de la ley misma, y decidir contra esa doctrina es como decidir contra la ley, y la sentencia igualmente nula.»

Esta imperfección de las leyes es la gran razón de que se use y abuse de la equidad: «jamás se hallará para su destrucción (de esta práctica) otro remedio que las leyes claras, precisas y bien circunstanciadas, pues en el ínterin que subsista un derecho incierto, siempre será dificultoso argüir la injusticia de algunas sentencias sin que pueda paliarse con el decoroso nombre de equidad»²².

Sin embargo, reconoce que la codificación es un remedio limitado. No cabe convertir al juez en mero ejecutor de la ley, por eso aboga por reducir su arbitrio: «Parece no es dable otro que hacer leyes precisas y decisivas de los casos, sin dar más hacer al juez que aplicarlas a su ejecución. ¿Pero será esto posible? En verdad no lo es, porque no cabe en la posibilidad humana la comprensión de todas las circunstancias prácticas que en la variedad de los casos puedan concurrir y que sirvan a formar un recto juicio.

Pero, no obstante, pueden proponerse principios ciertos y metódicas reglas de las que puedan inferir precisas consecuencias aplicables a los casos, cortando en cuanto sea dable toda ocasión al juez de arbitrar, encomendándole sólo el obedecer; esto es, sujetando el juez a la ley, no la ley al juez»²³.

Esta es una de las ideas matrices de la codificación. Castro fue uno de los primeros en comprender que la lucha por hacer prevalecer los derechos nacionales sobre el común debía librarse en dos frentes. Por una parte, según ya vimos, mediante la formación de cuerpos legales de derecho nacional. Por otra, mediante esta sujeción del juez al derecho codificado.

²² *Ibid.*, 187.

²³ *Ibid.*, 183

Al respecto no se hace ilusiones. Es lo bastante realista como para comprender que ni con el mejor de los códigos podría prescindirse del juez y de la equidad. Por eso, en lugar de soñar con eliminarla, se aplicó a luchar por su recto uso. Propició, principalmente, tres cosas. En primer término, que la legislación deje menos cosas entregadas al arbitrio del juez, para reducir así el campo de la equidad en general. Luego, que dentro de la equidad se dé mayor cabida a la *aequitas constituta*, que viene a ser como la sombra de la ley. Por último, que, como consecuencia de lo anterior, se reduzca a un mínimo el campo de la equidad natural.

En su conjunto, este programa, fiel reflejo del espíritu ilustrado, fue el de los grandes codificadores en Europa y en Iberoamérica. Encontró tal vez su más cabal realización en materia penal, con códigos como el brasileño de 1830, que llevan hasta sus últimas consecuencias el principio *nullum crimen, nulla pena sine lege*.

Castro comienza por advertir los límites de la legislación: «No siendo posible en las leyes decidir todos los casos que puedan ocurrir, principalmente variados de infinitas circunstancias, el prudente arbitrio del juez tiene mucha parte en la justicia de la decisión.»

De ahí el papel imprescindible de la equidad, tanto por lo que toca a la ley como al juez: «Hay leyes que no son propiamente escritas ni son costumbres, como es la equidad con que se modera el rigor aparente de la ley y arbitrio»²⁴.

En consecuencia, interesa sobremanera precisar «qué sea equidad, su verdadero uso y su común abuso. Equidad a que los griegos llamaron *epiikia*, de donde vulgarmente tomamos el nombre de *epiqueya*, no es más que un acto prudencial según el que cree el juez deber en algún modo apartarse en todo o en parte de la ley». Esto lo hace el juez, «sin embargo, de la claridad de su expresión, por el concurso de las circunstancias existentes, las que, se persuade que, teniendo presente el legislador y preguntado en el caso, sería del mismo acuerdo»²⁵. O sea, el juez actúa claramente de un modo distinto al prescrito por el legislador, pero

²⁴ *Ibid*, 178

²⁵ *Ibid*, 184

conforme a una convicción de que éste, en su caso, le habría dado la razón. Según esto, cuando las leyes no encargan expresamente al juez resolver en equidad y «las circunstancias del caso la piden o se cree o finge pedirla, incidimos en el caso de un juicio arbitrario»²⁶.

Hay que distinguir, pues, entre arbitrio y arbitrariedad. «El arbitrio que se concede al juez en algunos casos no es un arbitrio libre y absoluto, es un arbitrio regulado por las leyes y el Derecho», como enseñan múltiples autores, tales como Tiraquel, Velasco, Bobadilla, Larrea y Valenzuela²⁷.

Se abusa del arbitrio judicial cuando el juez resuelve al margen de la ley y de la razón, es decir, a su amaño, conforme a su personal ingenio o corazón, según la llamada equidad cerebrina: «A semejantes equidades llaman, y con razón, los doctores cerebrinas, porque no tienen fundamento en la ley ni en la razón, sino que cada uno se finge a su antojo, acomodándola según los delirios de su fantasía a las ideas de su ignorancia, precipitación o ciega pasión»²⁸.

Lo contrario de esta equidad cerebrina es la equidad o razón natural. Castro, como la mayoría de los autores, rechaza de plano que el derecho romano tenga en España fuerza de ley a falta de ley del reino, es decir, que rija *ratione imperii*. En cambio, conviene en que «sólo las leyes romanas son supletorias y obligan, en cuanto son dictámenes de la razón natural». Vale decir, *imperio rationis*. «Es mucha la distancia que hay entre estas dos opiniones —explica—, pues dista mucho que el derecho romano tenga fuerza de ley o tanto valga cuanto la razón natural en que se funda»²⁹.

Lo cual vale en general para los autores de Derecho común, nacionales o extranjeros, «puesto que el derecho romano es común de casi toda la Europa, también le son comunes las interpretacio-

²⁶ *Ibid*, 185

²⁷ *Ibid*, 181 TIRAQUEL, Andrés, *Inter Regulas iuris*, Lyon 1560 VELASCO, Pedro, *De Iudice perfecto*, 12, 14. BOBADILLA, Jerónimo Castillo de, *Política para corregidores y señores de vasallos*, Madrid 1597, 2, 10, 27 LARREA, Juan Bautista, *Novarum Decisionum Sacri Regii Senatus Granatensis*, 2 vol., Lyon 1658, 68, 8.

²⁸ CASTRO, nota 21, 186

²⁹ CASTRO, nota 21, 59.

nes de los jurisconsultos europeos. Y así los autores y doctores o intérpretes franceses, italianos o alemanes no nos son a los españoles de menos autoridad que los nacionales, cuando de trata de negocio expresamente decidido por la ley del reino, y en este mismo sentido observamos decisiones de los tribunales extranjeros con casi la misma decisión con que veneramos las de los nuestros»³⁰.

Pero ya en tiempos de Castro, la razón crítica había comenzado a erosionar la autoridad del derecho romano en cuanto expresión de la razón natural. Este autor no vacila en decir que si el derecho romano no tiene otra fuerza que la de la razón natural en que se funda «puede bien ahorrarse el trabajo de estudiar ansiosamente un derecho que sólo vale en cuanto vale la razón natural, pudiendo ésta fortalecerse de otros principios o de otro modo explicados que lo han hecho los romanos»³¹.

Esto es cabalmente lo que hace la ley portuguesa de la *boa razão*. Allí se amplía la noción de razón natural para comprender, además del derecho romano, elementos sancionados por el derecho de gentes o por la legislación de las naciones más ilustradas. Después de reconocérsela como supletoria del derecho vigente, se dice «que consiste en los primitivos principios que contienen verdades esenciales, intrínsecas e inalterables, que la ética de los mismos romanos había establecido y que los derechos divino y natural formalizaron para servir de reglas morales y civiles entre los cristianos». Pero, además, se habla de «aquella buena razón, que se funda en otras reglas, que por unánime consentimiento estableció el derecho de gentes para la dirección de todas las naciones civilizadas» y de «aquella buena razón, que se establece en las leyes políticas, económicas, mercantiles y marítimas que las mismas naciones cristianas han promulgado con manifiesta utilidad del sosiego público, del establecimiento de la reputación y del aumento de los capitales de los pueblos, que, con la disciplina de estas sabias y provechosas leyes, viven felices a la sombra de tronos y bajo los auspicios de sus respectivos monarcas y príncipes soberanos»³².

³⁰ *Ibid*, 22.

³¹ *Ibid.*, 59

³² Ley de 18 de agosto de 1769, denominada por CORREIA TRELES, José

Pero esto no es todo. En ciertas materias se antepone esa legislación de otras naciones ilustradas y cristianas al derecho romano. «Mucho más racional y mucho más coherente que en estas interesantes materias —política, económica, mercantil, marítima— se recurre antes, en casos de necesidad, al subsidio próximo de las sobredichas leyes de las naciones cristianas, ilustradas y cultas que con ellas están resplandeciendo en la buena, depurada y sana jurisprudencia»³³.

Sin embargo, no era fácil de comparar las soluciones del derecho romano con derechos tan diferentes como el natural, divino, de gentes, político, económico, mercantil y marítimo. Por ello, en los Estatutos de la Universidad de 1772 se admitió «como camino más plano y corto» que se indagase «el uso moderno de las mismas leyes romanas entre las sobredichas naciones que hoy habitan Europa»³⁴. De este modo se consagró en Portugal como derecho subsidiario el *usus modernus Pandectarum*³⁵.

Homen, en su *Comentario crítico*, Lisboa 1824, «da boa razão, porque refugou as Leis Romanas, que em boa razão nao foren fundadas» CABRAL DE MONCADA, Luis, «O século XVIII na legislação de Pombal», en *Revista da Faculdade de Direito*, 1, Coimbra, 1948 SILVA, Nuno Espinosa Gomes de, *História do Direito Português*, Lisboa 1971 BRAGA DA CRUZ, Guilherme, *O Direito subsidiario na história do direito português*, Coimbra 1975 ALBURQUERQUE RUI Y MARTIM, *História das Instituições do Direito Português*, 2 vols., publicados, Lisboa 1981-1982

³³ *Ibid*

³⁴ *Estatutos da Universidade*, 2, 5, 3, párrafo 6, SILVA, nota 32, esp. p 470, nota 2

³⁵ Ver nota 32

IV

CODIFICACION Y AEQUITAS CONSTITUTA

En la codificación se refleja la prevención ilustrada hacia la equidad. En parte es fruto de la exaltación de la razón humana, de la que los códigos pretenden hacerse intérpretes. Se procura entonces por todos los medios asegurar el predominio de la legislación. Se teme que por la vía de la equidad renazcan los antiguos derechos ³⁶. Todo lo cual se manifiesta en una preferencia por la *aequitas constituta*, contenida en las leyes, sobre la *nondum constituta*, que tiene en el derecho romano su principal expresión.

No es es caso del *Codex maximilianeus bavaricus civilis* de 1756, que se atribuye a sí mismo un papel supletorio y admite expresamente la vigencia subsidiaria del derecho romano y lombardo ³⁷. En cambio, el ALR prusiano, que tiene valor supletorio, pretende «sustituir al Derecho ordinario sajón y a los otros Derechos tomados del extranjero», entre los que se incluye el romano ³⁸.

La cuestión se planteó abiertamente en Austria. El WGB de 1797 se remite a los principios de derecho natural en caso de oscuridad de la ley ³⁹. Karl Anton von Martini (1726-1800), su principal autor, participaba de la convicción, generalizada entre los juristas europeos e iberoamericanos de su tiempo, de que el derecho romano «está tomado en gran parte de las leyes naturales,

³⁶ Sobre esto en general, THIEME, Hans, *Das Naturrecht und die europäische Privatrechtsgeschichte*, Basilea 1947 Cito Basilea 1954 SÓJKA-ZIELINSKA, Katarzyna, «L'equité et les codes civils du XIX^e. siècle», en *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, Florencia 1976

³⁷ *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis*, arts 9 a 11, trad. castellana Verlanga y Muñiz, nota 32. WIEACKER, nota 1, p 297 POPPERL, Peter, *Quelen und System des Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis*, Bamberg 1867, Gagner, n 1

³⁸ *Ley promulgatoria*, art 3

³⁹ *Bürgerliches Gesetzbuch nach dem Entwurf Martinis*, 1, 1, párrafo 12, ahora en HARRASOWSKY, Philipp Ritter Harras von, *Der Codex thesesianus und seine Umarbeitungen*, vol 5, Viena 1886

conforme a los cuales deben resolverse los pasajes incompletos o dudosos de los códigos romanos»⁴⁰.

La mencionada disposición del WGB suscitó numerosas objeciones. Franz von Zeiller (1753-1828), que fue encargado entonces de dirigir los trabajos de codificación, pensaba, a diferencia de su maestro von Martini, que el Derecho deriva en última instancia de la razón y, por tanto, atribuía especial valor a la *aequitas constituta*, derivada de la ley y desconfiaba de la equidad natural, que le parecía podía terminar fácilmente en una *aequitas cerebrina*. En consecuencia, criticó al WGB por su carácter abstracto y el empleo de fórmulas filosóficas. Según él, en un código no había lugar para normas morales.

Para Zeiller, «el derecho no es hechura de los hombres, y los gobernantes no son creadores de él. Todos los derechos derivan originariamente de la razón. El legislador es órgano de ella, una antorcha que ilumina prácticamente la razón jurídica»⁴¹. Es decir, la legislación positiva, dictada por los gobernantes, precisa de una fundamentación anterior, suprapositiva, puesto que los derechos son «otorgados por un poder todavía más alto»⁴². En este sentido, «los derechos se fundan en el carácter racional del sujeto y derivan de la razón. De ella tienen su valor, por encima de todo condicionamiento a un contexto social previo»⁴³. De ahí que el código tenga un contenido fundamental anterior y superior al legislador. En todo caso, debe «destacar constantemente el respeto a la dignidad del hombre, a la equidad, las buenas costum-

⁴⁰ VON MARTINI, Karl Anton, *Lehrbegriff des Natur-, Staats- u. Volkerrecht*, Viena 1783-84, esp pp 108 ss. CONRAD, Hermann, *Rechtsstaatlichen Bestrebungen im Absolutismus Preussens und Österreichs am Ende des 18. Jahrhundert*, Colonia-Opladen 1961, pp 27 ss

⁴¹ ZEILLER, Franz von, *Conferencia ante la Hofkommission in Gesetzesachen 21 dic 1801*, en PFAFF, Leopold, y HOFMANN, Franz, *Excuse uber osterreichisches burgerliches Recht*, Viena 1877, 1, pp 36 ss., la cita, p. 43 Para esto y lo que sigue, EBERT, Kurt, «Gesetzgebund und Rechtswissenschaft», en *ZRG Germ*, 85, 1968, esp. p. 116. MOHNHAUPT, Heinz, «Zeillers, Rechtsquellenverstanis», en SELB, Walter y HOFMEISTER, Herbert (comp.), *Forschungsband, Franz von Zeiller (1751-1828)*, Viena-Graz-Colonia 1980

⁴² ZEILLER, Franz von, *Vorbereitung zur neuesten osterreichischen Gesetzkunde in Straf- und Civil-Justiz-Fache*, Viena-Trieste 1810, p 4

⁴³ ZEILLER, nota 42, p. 40

bres y la religión»⁴⁴. En consecuencia, para el Estado será siempre conveniente que «las leyes de la justicia sean acatadas en virtud de este resorte, eficaz en todos los casos posibles, y no en virtud de puro temor al castigo civil»⁴⁵.

Por este camino llega Zeiller a la convicción de que no cabe imponer la legislación desde arriba, prescindiendo de las creencias, costumbres y modo de ser de cada pueblo. Antes bien, las leyes han de adaptarse a ellas. Si no serían inhumanas, arbitrarias y abusivas. «Un legislador sabio, prudente y humano —dice— se cuida en materia de justicia, no menos que en materia política, de no derribar el antiguo edificio para levantar uno completamente nuevo.»

En esta breve frase parece estar sintetizado el contraste entre las dos vertientes de la Ilustración: la reformadora y la revolucionaria. La revolución triunfó en Francia. Es radical. Alienta pretensiones fundacionales. Quiere comenzar de nuevo, partir de cero. Por eso es intolerante y destructora. Intenta hacer tabla rasa del pasado. Liberar a los pueblos de sus creencias y de su pasado para someterlos a los dictados de la razón, es decir, de los ilustrados. Con este objeto acude a la violencia. Es decir, intenta imponer desde arriba, sin contemplación alguna, los ideales de la Ilustración.

La vía de las reformas es la de las monarquías ilustradas, como Austria, Prusia, Toscana, Nápoles, España y Portugal. Es más realista. Cuenta con el tiempo y con la diversidad de los pueblos. Por eso, como hace notar Zeiller, tantea el terreno. Gradúa el avance según las posibilidades y la situación de cada pueblo. Es decir, como la revolución intenta imponer desde arriba los ideales de la Ilustración, pero de un modo razonable, por la vía de las mejoras parciales, pero efectivas. No siempre acierta a ello. En ocasiones no logra acompasar el ritmo de las reformas con las condiciones del momento. Sobrevienen entonces protestas y revueltas, que, por lo general, no determinan un cambio de política, sino sólo de ministro, de medidas o, en fin, de otros medios.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 44.

⁴⁵ *Conferencia*, nota 41, p. 45.

⁴⁶ ZEILLER, nota 42, p. 60

El ABG austríaco

A tono con la anterior fundamentación del derecho legislado en la razón, el ABGB dio una marcada preferencia a la *aequitas constituta* sobre la simple equidad natural. Si se piensa que la ley no es mera obra del legislador, sino que proviene de la naturaleza racional del hombre, es lógico que para llenar los vacíos de ella se apele en primer lugar a la razón, tal como se encuentra reflejada en las propias leyes. Se antepone así esta equidad de las leyes a la puramente natural. «Cuando una causa judicial no pueda ser decidida ni según el texto literal ni según el sentido natural de la ley, deben tomarse en consideración casos análogos contemplados por las leyes, así como los motivos de las leyes que tratan casos análogos. Si aun así permaneciera dudosa la causa, deberá ser decidida según los principios de derecho natural (*natürliche Rechtsgrundsätze*)»⁴⁷.

Esta expresión dio pie a grandes discusiones. Desde luego, Zeiller rechazó la traducción «principios jurídicos naturales». En su *Comentario al Código* se muestra muy contrario a la *aequitas cerebrina*, que, según dice, «convierte al juez en legislador». Sostiene que, aun en los casos en que el juez acuda a estos principios, debe evitar que «el caso caiga en el libre campo de los razonamientos y en la arbitrariedad»⁴⁸. Para evitarlo, debe resolver en armonía con el código⁴⁹.

⁴⁷ ABGB 7, traducción de ROMERO GIRÓN, Vicente, y GARCÍA MORENO, Alejo, en *Colección de las instituciones políticas y jurídicas de los pueblos modernos*, Madrid 1892, 9, pp 82 ss. Al respecto hay una rica bibliografía: DNIESTRZANSKI, Stanislaus, «Die natürlichen Rechtsgrundsätze», en *Festschrift zu Jahrhundertfeier des Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches*, 1 junio 1911, 2 vol., Viena 1911. Allí mismo: SCHEY, Josef Freiherr von, *Gesetzbuch und Richter*; KOSCHENBAHR-LYSKOWSKI, J., *Zur Stellung als römisches Recht in allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch für das Kaisertum Österreich*, y WELLSPACHER, Moritz, *Das Naturrecht und das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch*. SWOBODA, Ernst, *Franz von Zeiller*, Graz-Viena-Leipzig 1931. WIEACKER, nota 1. THIEME, nota 36. EBERT, nota 41. SOJKA-ZIELENSKA, nota 36.

⁴⁸ ZEILLER, Franz, *Commentar über das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch*, Viena y Trieste 1811, 1, p 68. Cfr *Conferencia*, nota 41, p 40. SWOBODA, nota 47, esp pp 51 ss.

⁴⁹ DEL VECCHIO, Giorgio, *Los principios generales del Derecho* (1920), trad

Posteriormente, los redactores del código sardo, que entra a regir en 1838, sustituyeron la frase *natürliche Rechtsgrundsätze* por «principios generales de derecho», que no hacía alusión al derecho natural. No obstante, el sentido es el mismo, según se advierte por la discusión.

En cuanto al derecho romano, Zeiller, que no era un buen conocedor de él, distinguía, no obstante, entre el conocimiento corriente entonces y el que podía adquirirse si se iba a las fuentes. Lo que no podía menos que conducir a la crítica de las construcciones jurídicas superpuestas en los últimos seis siglos a los primitivos textos romanos por los autores de derecho común. Pero esta misma crítica lleva, según él, a poner más de relieve el valor permanente del derecho romano: «quien conoce la legislación romana no a través de meros compendios y manuales, quien ha estudiado con incansable dedicación sus fuentes, no puede poner en duda que ella encierra un tesoro de conocimientos útiles... Abarca casi todos los asuntos jurídicos de su tiempo, la mayor parte de los cuales aún hoy se presentan en la vida civil, y en comparación al conjunto de esas instituciones y situaciones, es muy poco lo que ha hecho surgir el espíritu de los tiempos posteriores y no puede ser relacionado con las leyes romanas. Ellas iluminan, especialmente en las Pandectas..., los asuntos jurídicos desde todos los lados y deciden las cuestiones jurídicas involucradas en ellos con un examen crítico de los fundamentos contrapuestos de un modo, en la mayor parte de los casos, justo y convincente»⁵⁰. A la luz de esta visión renovada del derecho romano se entiende el alcance de su afirmación: «el derecho romano es la base de nuestro derecho patrio, cuyo estudio sistemático y bien encaminado debe mirarse como preparación fundamental para la enseñanza de éste»⁵¹.

castellana, Barcelona 1933 Esta expresión, principios generales del Derecho, fue adoptada por varios códigos iberoamericanos, como los de Perú (1852), Uruguay (1868), Argentina (1869), México (1871), Guatemala (1877), Costa Rica (1888), España, Cuba, Puerto Rico, Filipinas y Honduras (1899), Brasil (1917) y el Código de Derecho canónico (1917) GUZMÁN BRITO, Alejandro, «El régimen de la costumbre en las codificaciones civiles de Hispanoamérica y de España emprendidas durante el siglo XIX», en *REHJ* 12, 1987-1988

⁵⁰ ZEILLER, nota 48, 1, pp. 31 ss

⁵¹ *Ibid*, p. 39 ss

En otras palabras, a los ojos de Zeiller, el derecho romano había perdido prácticamente toda significación propia después de la codificación. Sólo subsistirá para los asuntos anteriores al ABGB. Para los futuros se aplicará únicamente en cuanto está incorporado a ese cuerpo legal. En suma, según él, el derecho romano, y en general todo el Derecho común, se había convertido en mero antecedente de derecho codificado.

Sin embargo, vale la pena advertir que ésta no era la opinión dominante. La Hofkanzlei, en una exposición de 30 de noviembre de 1807, en favor del mantenimiento del estudio del derecho romano, expuso con notable claridad los fundamentos que hacían necesario mantenerlo. Comienza por decir que el derecho civil romano era, desde hacía tantos siglos, el derecho común de todos los pueblos civilizados de Europa y el único vínculo mediante el cual ellos mantenían nociones comunes no sólo en materia de derecho privado, sino en materia internacional y estatal. Añade que la jurisprudencia romana, con excepción de algunas de sus partes, es sinónimo de razón común, de sentimiento moral humano, de la prudencia judicial llegada a su madurez, tras siglos de experiencia. Ella, insiste, es el resultado de la reflexión de tantos estadistas y de estudiosos que han trabajado en tribunales y cátedras este campo de múltiples estratos, así también como en los consejos de gabinete de los gobernantes. En una palabra: la jurisprudencia romana es la más rica colección de principios comunes de la jurisprudencia aplicados a esos particulares ⁵².

La codificación francesa parte de presupuestos muy similares. Iniciada después que la austríaca, llegó a término algunos años antes que ella.

Portalís

En contraste con el ABGB, el *Code Civil* francés no mencionó ningún Derecho supletorio. Se limitó a ordenar al juez fallar,

⁵² STEINWENTER, A , *Der Einfluss des römischen Rechts auf die Kodifikation der burgerlichen Rechtes in Österreich*, in KOSCHAKER, Paul, *Studi in memoria di*, 2 vols , Milán 1954, 1, p. 415.

aunque no hubiera ley sobre el caso. El proyecto del año VIII (1799) se abría con el siguiente artículo: «Existe un derecho universal e inamovible, fuente de todas las leyes positivas. No es otro que la razón natural en cuanto gobierna a los hombres»⁵³.

De acuerdo con lo anterior, se decía más adelante: «en las materias civiles el juez, en defecto de la ley precisa, es ministro de la equidad. La equidad es el retorno a la ley natural y a los usos recibidos ante el silencio de la ley positiva»⁵⁴.

Estas expresiones son muy similares a las de Zeiller, por ejemplo en su famosa conferencia de 1801. La coincidencia no es casual. Muestra la unidad de pensamiento que existe entre los codificadores austríacos y franceses, que deriva de la Ilustración y se manifiesta, en esta materia, en la exaltación del derecho natural frente al derecho positivo.

Los mencionados artículos del proyecto del año VIII no pasaron al código, pero son reiterados en los años siguientes por diversos juristas, en especial por Portalis y Toullier.

Jean Etienne-Marie Portalis (1746-1807) es el autor del conocido *Discours préliminaire* al proyecto de Code Civil de 1801 (año IX). Su coincidencia con von Zeiller es palmaria. Hasta ahora no ha sido suficientemente destacada. Como él, sostiene Portalis, «el derecho es la razón universal, la suprema razón fundada en la naturaleza misma de las cosas. Las leyes son o no deben ser sino el derecho reducido a reglas positivas, a preceptos singulares». Añade: «La razón, en tanto gobierna ilimitadamente a todos los hombres, se llama derecho natural, y en las relaciones de pueblo a pueblo se llama derecho de gentes»⁵⁵. Distingue el orden físico de lo moral y jurídico: «Los jurisconsultos romanos, hablando del matrimonio, han confundido el orden físico de la naturaleza, que es común a todos los seres animados, con el derecho natural, que rige exclusivamente a los hombres y está

⁵³ *Project de Code Civil* ., París, año IX, libro preliminar, art 1, ahora en FENET, P., *Recueil complet des Travaux préparatoires du Code Civil*, 15 vols., París 1836 ss, 2, p 1

⁵⁴ *Ibid* , libro preliminar, título 5, artículo 11

⁵⁵ PORTALIS, Jean-Etienne-Marie, *Discours préliminaire Code Civil* (1801), trad castellana RIVACOBA, Manuel, con estudio preliminar, Valparaíso 1978, p. 46

fundado en las relaciones de los seres inteligentes y libres con sus semejantes»⁵⁶.

De ahí deduce, al igual que von Zeiller, que el poder del legislador no es ilimitado ni arbitrario y debe usarse con medida. Pero, a diferencia del codificador austríaco, Portalis no habla de respeto a una dignidad, creencias y costumbres inamovibles, sino tan sólo de tenerlas en cuenta: «Sus leyes jamás deben ser más perfectas que lo que puedan soportar los hombres a quienes están destinadas. Debe consultar las costumbres, el carácter y la situación política y religiosa de la nación a que representa»⁵⁷.

Este contraste es también el que existe entre las reformas ilustradas de Austria, que están al servicio de un orden establecido, cuyos fundamentos son Dios-Emperador-Patria, y la revolución de Francia, que intenta implantar un orden radicalmente nuevo, irreligioso y cosmopolita, mediante abolición de creencias, gobiernos y patrias, que, a sus ojos, no son sino barreras artificiales entre los hombres. Según es sabido, Portalis estaba lejos de compartir este espíritu revolucionario y escribe cuando éste se halla en reflujo, bajo la dictadura de Napoleón. Acaso este pasaje no sea más que una concesión, no muy consciente, al lenguaje que prevaleció en Francia antes de la dictadura napoleónica.

En todo caso, Portalis tenía una experiencia de la revolución que Zeiller no sufrió y que le llevó a escribir: «En nuestros tiempos hemos amado demasiado los cambios y las reformas; si en materia de instituciones y de leyes, los siglos de la ignorancia son teatro del abuso, los siglos de luces y de filosofía no son con harta frecuencia más que el teatro de los excesos»⁵⁸.

De esta manera llega a reconocer la limitación propia de las leyes y el papel que, en todo caso, corresponde al juez. Aquí su pensamiento se sitúa de lleno dentro de la tradición europea y francesa del derecho común: «las leyes positivas —escribe— jamás podrán reemplazar enteramente el uso de la razón natural en los quehaceres de la vida. Las necesidades de la sociedad son tan varias, las comunicaciones entre los hombres tan activas, sus

⁵⁶ *Ibid*, p. 56

⁵⁷ *Ibid*, p. 65

⁵⁸ *Ibid*, p. 54

intereses tan múltiples, sus relaciones tan extendidas, que resulta imposible para el legislador proveer a todo... Por completo que pueda parecer un código, no bien queda concluido mil cuestiones en él no previstas asaltan al magistrado»⁵⁹.

Y explica que la inmovilidad de la ley se contrapone a la movilidad de la vida social: «Las leyes, una vez redactadas, permanecen tal como han sido escritas; los hombres, al contrario, no reposan jamás, viven en constante actividad, y ese movimiento nunca se detiene, y cuyos efectos son diversamente modificados por las circunstancias, a cada instante produce una combinación nueva, algún nuevo hecho, algún resultado nuevo.

Multitud de cosas, por consiguiente, han de quedar libradas al imperio de los usos, a la decisión de los hombres instruidos, al arbitrio de los jueces»⁶⁰.

Una es la labor de los legisladores y otra la de los jueces: «La sabiduría del legislador consiste en encontrar, en cada materia, los principios más favorables al bien común; la del magistrado es poner estos principios en acción, ramificarlos, extenderlos, mediante una aplicación sabia y razonada, a las hipótesis particulares; estudiar el espíritu de la ley cuando la letra mata y no exponerse a ser a la vez esclavo y rebelde, desobedeciéndole por espíritu de servidumbre»⁶¹.

Este arbitrio judicial no se confunde en modo alguno con arbitrariedad, porque está reglado por la jurisprudencia. El juez debe olvidar «que, si bien existen cosas libradas al arbitrio de su razón, no existe ninguna que lo esté a su mero capricho y voluntad»⁶². De ahí que en todas las naciones civilizadas se vea formarse siempre, casi al santuario de las leyes y bajo la vigilancia del legislador, «un depósito de aforismos, de decisiones y de doctrinas que diariamente se depura por la práctica y el choque de los debates judiciales, que se acrecienta sin cesar por obra de todos los conocimientos adquiridos y que en todo momento ha sido considerado como el verdadero suplemento de la legislación»⁶³.

⁵⁹ *Ibid.*, pp 35-36.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 36.

⁶¹ *Ibid.*, p 45

⁶² *Ibid.*, p 39

⁶³ *Ibid.*, pp 36-37

Portalis y la equidad

Al tratar de la integración del derecho, Portalis establece la misma prelación que Zeiller: primero la ley, luego las costumbres o la *aequitas constituta* y por último la simple equidad natural.

«Cuando la ley es clara, precisa seguirla; cuando es oscura, precisa profundizar sus disposiciones. A falta de ley hay que recurrir a la costumbre o la equidad.» Y añade con palabras del proyecto del año VIII: «La equidad es el retorno a la ley natural, ante el silencio, la contradicción o la oscuridad de las leyes positivas»⁶⁴.

Como explica en otro pasaje: «Sin duda sería deseable que todas las materias pudieran ser reguladas por las leyes. Pero a falta de textos precisos sobre cada una, una costumbre antigua constante y firmemente asentada, una no interrumpida sucesión de sentencias, hacen las veces de ley. Y cuando no se cuenta con nada establecido, cuando se trata de un hecho absolutamente nuevo, hay que remontarse a los principios del derecho natural, pues si la previsión del legislador es limitada, la naturaleza es infinita y está detrás de cuanto puede interesar a los hombres»⁶⁵.

Equidad y derecho natural son lo mismo. El derecho romano, en cuanto *ratio scripta*, es expresión de esta equidad. Con menos decisión que Zeiller, Portalis indica que se debe ir a las fuentes para discernir la *ratio scripta* de lo que pertenece a otros tiempos y no tiene vigencia actual. «El derecho escrito, que está compuesto de leyes romana ha civilizado Europa. La mayor parte de los autores que censuran el derecho romano blasfeman de algo que ignoran. Fácilmente, se convence uno de ello, si en las colecciones que nos han sido transmitidas de dicho derecho se sabe distinguir las leyes que han merecido el apelativo de razón escrita, de aquellas que atañen sólo a razones específicas, extrañas a nuestra realidad y a nuestras costumbres»⁶⁶.

⁶⁴ *Ibid* , p 43

⁶⁵ *Ibid.*, p 38

⁶⁶ *Ibid* , p 52

El Code Civil

La coincidencia entre los codificadores se prolonga entre los comentaristas o expositores de los códigos: el propio von Zeiller para el ABGB, un Toullier o un Delvincorut para el *Code Civil*. También en Francia la disposición relativa a la integración del derecho codificado suscitó grandes discusiones. Como en Austria, se sostuvo que una jurisprudencia que no descansara «sobre la base fija de la ley, sino sobre los principios indeterminados de la equidad», podría ahogar la voz del legislador ⁶⁷

Finalmente, se optó por la disposición del artículo 4, que abroga el referimiento al legislador y, por tanto, dispone: «El juez que rehúse juzgar so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la Ley, podrá ser perseguido como culpable de denegación de justicia.»

Diversos autores, comenzando por Portalis, entendieron que en estos casos el juez debía fallar en equidad. Por tal entendieron, como lo había hecho D'Aguesseau (1688-1751) ⁶⁸, Domat ⁶⁹ y tantos autores anteriores, el derecho romano.

Así, por ejemplo, Charles Toullier (1752-1835), al tratar de este artículo en *Le droit civil français suivant le code*, no trepida en parafrasear el proyecto del año VIII: «Pero aunque la ley esté muda, el juez en los asuntos civiles no está por eso menos obligado a pronunciarse; se convierte en ministro de la equidad, es ley parlante, *lex loquens*» ⁷⁰.

Y precisa lo que entiende por equidad: «Se ha dicho en todos los tiempos que ella era el suplemento de las leyes; nada más justo ni verdadero, con tal que la equidad sea dirigida por la ciencia, sin la cual el magistrado ha de temblar antes de sentarse en el templo de la justicia y sin la cual el espíritu no hará más

⁶⁷ SALEILLES, Raymond, «Le code civil et la méthode historique», en *Le Code Civil 1804-1904, Livre du Centenaire*, 2 vols, París 1904, p 102. Para esto y lo que sigue, SOJKA-ZIELIMSKA, nota 59 GUZMAN, notas 38 y 39

⁶⁸ D'AGUESSEAU, Henri-François, *Oeuvres Complètes*, 13 vols, París 1759-1789

⁶⁹ DOMAT, nota 19

⁷⁰ TOULLIER, Charles B, *Droit civil français suivant l'ordre du Code Civil*, París 1811 ss., cito ed 1819, 1, p 114

que vagar en la búsqueda de un fantasma de equidad puramente imaginario. Sobre todo es en los escritos de los jurisconsultos romanos en donde él encontrará guías seguras y reglas de decisión infalibles.» Y cita al respecto D'Aguesseau, para quien «este solo libro (el *corpus iuris*) desenvuelve sin tropiezo los primeros principios y las últimas consecuencias del derecho natural»⁷¹.

Del mismo modo entiende Etienne-Claude Delvincourt (1726-1831) en sus *Institutes de droit civil français* el mencionado artículo 4: «Si las leyes positivas están mudas o son oscuras o insuficientes, el juez debe suplirlas, sea por indicaciones sacadas de las mismas leyes sobre otros objetos, sea incluso por la equidad natural»⁷². Estamos de nuevo ante las dos formas de equidad, *constituta* y *nondum constituta* o natural. Sobre el significado de ésta nos ilustra el propio Delvincourt en una nota. Allí muestra cómo el juez, avocado a llenar la laguna legal del artículo 1.426 del *Code Civil*, debe resolverla fundándose en el principio *nemo debet locupletior fieri cum alterius detrimento*. Según observa Guzmán, «cuando Delvincourt glosa la expresión *équité naturelle*, ilustrándola a través de un ejemplo concreto, no sabe sino invocar textos, nada menos que del *Digesto* de Justiniano... La equidad natural para Delvincourt, en este caso al menos, aparece expresada en el derecho romano»⁷³.

Códigos de derecho castellano y portugués

En los países de derecho castellano y portugués se admite, en general, al derecho romano como supletorio del derecho codificado.

Los primeros códigos civiles, de Oaxaca o de Bolivia, no se refieren al punto⁷⁴. En Chile, la cuestión se suscitó a propósito

⁷¹ *Ibid*, 1, p 116.

⁷² DELVINCOURT, Etienne-Claude, *Institutes de droit civil français*, 3 vol, París 1808, incluido dentro de su *Cours de Droit Civil*, París 1819 Cito *Cours* según ed 3 vol, París 1824, 1, p 12

⁷³ GUZMÁN, nota 16, p 128

⁷⁴ *Código civil para el Gobierno del Estado libre de Oajaca*, 3 vols, Oajaca 1828-29 Hay reedición en ORTIZ-URQUIDI, Raúl, *Oaxaca, cuna de la codificación*

de la ley sobre fundamentación de las sentencias de 1837. El fiscal de la Corte Suprema, Mariano Egaña (1793-1846), aclaró su contenido y su vista recibió sanción legal ⁷⁵.

El dictamen se basa en el derecho castellano tal como desde hacía tres siglos regía en América. Invoca a cada paso las Partidas y la Novísima Recopilación. Revela un amplio conocimiento, no sólo de los juristas castellanos y portugueses, sino del derecho europeo, tanto por lo que toca a la legislación —ABGB o Code Civil— como a los autores, Portalis, Delvincourt y demás. No menciona la palabra equidad. Habla de «máximas eternas de derecho natural» o «principios generales de jurisprudencia», «reglas y principios generales de derecho», «principios generales de derecho», «espíritu de las leyes», «principio deducido de las leyes», pero no de equidad. Por otra parte, confirma como indudable el papel supletorio del derecho romano.

La remisión a los principios generales de derecho, así como

iberoamericana, México 1974 *Código civil de Bolivia*, La Paz de Ayacucho 1831, numerosas ediciones posteriores *Código general de la República de Costa Rica*, primera parte, civil (1841), hay otra edición, Nueva York 1858 *Código civil del Perú*, Lima 1852, numerosas ediciones posteriores

⁷⁵ (EGAÑA, Mariano), *Dictamen* sobre la consulta de la Corte Suprema acerca del cumplimiento de la Ley de Fundamentación de las Sentencias, Santiago, 20 de febrero de 1837, en sus *Vistas fiscales*, 3 vol., Archivo Nacional (Chile), 2 fs., 167 ss. Ahora en *El Araucano*, 340, Santiago, 10 de marzo de 1837. El decreto que confiere fuerza de Ley al dictamen del fiscal, 1 de marzo de 1837, *ibid*. Sobre esta Ley hay numerosa bibliografía. No obstante, están por analizarse los autores y textos legales que Egaña utiliza en él. BRAVO LIRA, Bernardino, «Bello y la Judicatura. La codificación procesal», en *Congreso Internacional Andrés Bello y el Derecho*, Santiago 1982, esp. pp. 145 ss. El mismo, «Los comienzos de la codificación en Chile. La codificación procesal», en *RCHHD* 9, 1984. El mismo, nota 4. Sobre la aplicación de la ley sobre fundamentación de las sentencias en Chile, FIGUEROA, María Angélica, «La codificación civil chilena y la estructuración de un sistema jurídico legalista», en *Congreso Internacional* . . . , ut supra, p. 77 ss. GUZMÁN, Alejandro, notas 16 y 12. El mismo, «Historia del referimiento al legislador» II «El Derecho nacional chileno», en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 7, Valparaíso 1982. HANISCH, Hugo, «Contribución al estudio del principio y práctica de la fundamentación de las sentencias en Chile durante el siglo XIX», *Ibid*, 1982. MERELLO ARECO, Italo, «La Ley mariana de fundamentación de sentencias frente a la demencia en materia judicial», *Ibid*, 8, 1983.

la falta de referencia a la equidad son coincidentes con el Código civil sardo de 1838, pero anteriores a él.

El fiscal comienza por señalar, con palabras similares a las de Juan Francisco de Castro, la necesidad de integración del Derecho legislado. «No se podría encontrar código que para cada caso particular de cuantos pueden ocurrir contuviere una disposición terminante y adaptada ex profeso a él.»

Luego pasa revista a los diversos medios de integración. Como el ABGB, pone en primer término la *aequitas constituta*, esto es, contenida en la legislación: «Para esto sirven las máximas eternas del derecho natural, los principios generales de jurisprudencia, las leyes análogas y las decisiones de los tribunales y opiniones de los jurisconsultos que esclarecen aquellos principios, descubren el espíritu de las leyes que pueden ser aplicables y demuestran la extensión que puede dárseles a falta de otra disposición particular.»

A continuación cita a D'Aguesseau, quien decía «que la conciencia y las luces del magistrado forman el complemento de la ley», porque «no siendo posible dictarse leyes que comprendan todos los casos, es preciso dejar a la prudencia del juez la aplicación de la ley a ciertos casos particulares que, siendo conformes a la mente del legislador, no se expresan literalmente en sus palabras». «Esto es —explica— lo que se llama interpretación doctrinal», que se apoya en Partidas 1,1,13.

Muy distinta de esta situación es el vacío legal, que se produce «si los tribunales encontrasen que absolutamente no hay ley o principio deducido de las leyes por donde juzgar o que los que hay ofrecen en su interpretación duda racional y fundada».

Así se llega a la vigencia de «las leyes romanas en defecto de las nuestras». Egaña insiste con vigor en la antigua legislación y doctrina castellana. Al igual que Mayans, recalca que, como en ningún modo son leyes, no rigen *ratione imperii*, pero sin duda se pueden aplicar *imperio rationis*: «No se deben sustanciar y juzgar los pleitos por el derecho romano, cuyas leyes, según auto 1, libro 3 de la Recopilación, no son ni deben llamarse leyes en España, sino sentencias de sabios, que sólo pueden seguirse en defecto de la ley y en cuanto se ayudan por el derecho natural y conforman el real.»

En suma, Egaña, aunque no emplee la expresión equidad, reconoce al derecho romano el mismo papel supletorio que le atribuían los autores castellanos, en cuanto veían en él un paradigma de la equidad. Así, por lo demás, lo entendió Andrés Bello (1781-1865), quien entonces trabajaba en la codificación civil. En un artículo publicado en 1838 defiende la ley sobre fundamentación de las sentencias y sostiene que si la ley calla «habrá, a lo menos, un principio general, una regla de equidad que haya determinado su juicio»⁷⁶.

Una década después, durante la discusión de una nueva ley sobre fundamentación de las sentencias, Bello propuso que dicha fundamentación consistiera en «las disposiciones legales; en defecto de éstas, 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». En apoyo de su sugerencia, Bello invocó la práctica de los tribunales. Dijo que con ella no hacía otra cosa que «agregar una regla con la que siempre se conforman los tribunales al sentenciar las causas», ya que, a falta de ley y de costumbre, «no habría más arbitrio que fallar según los principios de la razón natural»⁷⁷. O sea, para Bello, razones de equidad natural y principios de la razón natural eran sinónimos. La nueva ley sobre fundamentación de las sentencias de 1851 se conformó a lo propuesto por Bello. Se remitió a las «razones de equidad natural»⁷⁸.

En cambio, el Código civil del Perú, promulgado el año siguiente, no menciona la equidad. Parece combinar el artículo 4 del *Code* francés con el 7 del ABGB. Así, impone al juez la obligación de fallar, aun sin ley o cuando ella es insuficiente u oscura. Pero completa esta disposición con una indicación del derecho supletorio, que sigue el orden de prelación del ABG. Manda al juez resolver «atendiendo primero al espíritu de la ley, segundo, a otras disposiciones sobre casos análogos y tercero, a

⁷⁶ BELLO, Andrés, «Necesidad de fundar las sentencias», en *El Araucano*, 479, Santiago, noviembre de 1839. Sobre su labor codificadora, GUZMÁN, nota 2.

⁷⁷ Senado, sesión de 31 de julio de 1850, en *Sesiones del Congreso Nacional*, Santiago 1850.

⁷⁸ Ley de 12 de diciembre de 1851, en *Boletín de las leyes* 19, 9, Santiago 1851.

los principios generales del Derecho»⁷⁹. Es decir, antepone la *aequitas constituta* a la *nondum constituta*.

Código civil chileno

Así llegamos finalmente al Código civil chileno. Sus redactores dejan expresamente en pie lo dispuesto por la ley de 1851 para el caso de vacío legal. Pero no lo incorporan al texto por considerar que esa norma es «más propia del Código de enjuiciamiento»⁸⁰. En consecuencia, se contraen sólo a la interpretación de los pasajes oscuros o contradictorios. A esta materia destinan el artículo 24, que reza: «En los casos en que no pudiesen aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural.»

Entre las fuentes de este precepto se señala, al igual que para el artículo precedente, que proscribe la regla *odia restringi*, el código de Luisiana, concretamente su artículo 21. Este, a su vez, indica como fuente a Toullier, pero, al parecer, deriva a través de él de ese artículo 2 del título V del libro preliminar del proyecto francés del año VIII, que como vimos, en definitiva, no pasó al Code. Además, se indica como fuente del artículo 24 del Código chileno, el pasaje de Delvincourt, reproducido más arriba, en el que este autor señala como supletoria a la *aequitas constituta* y, en su defecto, «incluso a la equidad natural»⁸¹.

Ya sabemos lo que Delvincourt entendía por tal, que, por lo demás, coincide con lo que hasta entonces entendían también los juristas de derecho castellano y portugués. Todos concuerdan en estimar que el derecho romano es la principal y más autorizada expresión de la equidad natural.

En suma, en la legislación chilena se tratan por separado los

⁷⁹ Ver nota 74

⁸⁰ Comisión revisora del proyecto de Código civil de 1853, art 4, ahora en GUZMÁN, nota 16, 2, p 339. El mismo, «Algunas actas de sesiones de la comisión revisora del proyecto de Código civil de 1853», en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 5 Valparaíso 1980

dos casos de integración del derecho vigente. De las lagunas legales se ocupa la Ley de 1851 y de la ley obscura o contradictoria el código civil. Pero, en uno y otro caso, se recurre expresamente a la equidad ⁸².

El artículo 3 de la Ley de 1851 recibió una nueva redacción al ser incorporado al código el procedimiento civil de 1902. Después de varias vicisitudes, el artículo 170 de ese cuerpo legal exigió que la sentencia contuviera «la enunciación de las leyes y, en su defecto, de los principios de equidad con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo».

En resumen, la codificación, que no vaciló en desligar los derechos nacionales del Derecho común, fue más cautelosa frente a su vigencia supletoria. Al menos así es en Chile, donde, como ha demostrado Alejandro Guzmán en penetrantes estudios, las referencias del derecho codificado a la equidad como elemento integrador de la legislación vigente han de entenderse hechas ante todo al derecho romano.

EPILOGO

Las dos caras de la codificación

La fortuna próspera o adversa de la *aequitas nondum constituta* es paralela a la de la regla *odia restringere*. Ambas corren la misma suerte, pues no son sino dos vías a través de las cuales el juez podía mantener la primacía del Derecho común frente a los derechos nacionales. Por eso su reflujo es también el del Derecho común y el del propio juez frente al derecho nacional codificado.

Este avance de derecho legislado, a costa del Derecho común y del juez, arroja una nueva luz sobre la codificación. Hasta ahora se la ha estudiado preferentemente en función del derecho propio. No sin razón, por lo demás, ya que los códigos son cuerpos

⁸¹ Ver notas 52, 67, 70 y 72, con bibliografía allí indicada

⁸² Esta es la conclusión del cuidadoso análisis de GUZMÁN, nota 16.

legales de derecho nacional. Pero eso no es todo. La elaboración de estos textos obedece a razones bastantes definidas. Una muy principal es la afirmación de los derechos nacionales frente al Derecho común. La codificación permite a estos derechos romper sus lazos con el común y constituirse, por ende, en derechos absolutos, esto es, vigentes por sí mismos, sin referencia ulterior a ningún otro derecho, ni siquiera al común.

En otras palabras: su codificación torna posible que los derechos nacionales prescindan de su doble relación con el Derecho común, que, por una parte, regulaba su vigencia, conforme a la regla *odia restringi*, y por otra, suplía sus vacíos y contradicciones mediante la *aequitas nondum constituta*. En este sentido, la codificación tiende a que el único derecho vigente en cada Estado sea el promulgado por los gobernantes del mismo. Lo que, a su vez, supone que el único papel del juez frente a tal derecho sea simplemente aplicarlo.

Una empresa, en cierto modo prometeica, como es ésta de desligar al derecho nacional del Derecho común, que era un derecho de juristas y, por tanto, supraestatal, con vigencia universal, sólo pudo ser llevada a efecto por acción del poder y mediante la legislación.

Por eso el precio de este divorcio fue en todas partes el mismo: la transformación del derecho nacional en un derecho legislado. Correlativa a esta exaltación de la ley como primera y casi única fuente del Derecho es la degradación del juez al papel de simple aplicador de la ley.

Tales son las dos caras de la codificación. Una, más conocida, mira al triunfo de los derechos nacionales, conseguido por acción de los gobernantes y mediante la exaltación de la ley. La otra, demasiado ignorada, se refiere al rechazo del Derecho común, conseguido mediante una nueva forma de sujeción del juez a la ley.

Exaltación de la ley y depresión del juez

Estas dos caras son como el anverso y el reverso de una medalla. No es difícil comprenderlo. La omnipotencia de la ley sólo puede asentarse sobre la impotencia del juez frente a ella.

He aquí una clave sin la cual es imposible comprender la codificación. En los comienzos de ella, sus promotores, los hombres de la Ilustración, lo tenían claro, sobre todo cuando acudían a la ley para proteger a los individuos de la arbitrariedad del juez. Su bandera de lucha fue alzar la legalidad como barrera contra los abusos de los jueces.

En este sentido, la codificación no se reduce a una reformulación del Derecho anterior. Es el punto de partida para una expansión sin precedentes del derecho legislado. Los códigos y constituciones son las primeras manifestaciones de este auge legislativo, que paradójicamente viene a culminar a partir de los años 1930 en una legislación tan frondosa que provoca una verdadera descodificación ⁸³.

En sus inicios, esta expansión del derecho legislado indujo a identificar más o menos abiertamente derecho y ley. Tal es el sentido del famoso despropósito de Bugnet: «No conozco el Derecho civil. Por mi parte, enseñé el Código de Napoleón» ⁸⁴. Al cabo de más de siglo y medio es tal la avalancha de leyes que tiene poco sentido enseñar códigos. La legislación lo ha desbordado en todas direcciones, hasta el punto de que comienza a hablarse de una descodificación. La frase de Bugnet se ha vuelto grotesca de puro anacrónica. Ya nadie se atrevería a sostener que derecho sea tan sólo el que yace amortajado en los códigos del siglo XIX ⁸⁵.

Pero esta identificación entre derecho y ley repercutió también sobre los estudios acerca de la codificación. Conforme a ella, todo se redujo a analizar el texto de los nuevos cuerpos legales.

⁸³ Usa esta expresión del profesor italiano Natalino IRTI en su obra *L'età della decodificazione*, Milán 1979 SCHLESINGER, P , «Tramonto della codificazione», en *Rivista de diritto civile*, 1, 1980 PIGA, F , «Tramonto della codificazione. tramonto del codice civil», 2, *ibid* GIORGIANNI, M , «Tramonto della codificazione la morte del codice ottocentesco», *ibid* SANTORO-PASARELLI, F , «Tramonto della codificazione, note conclusive», *ibid* Ahora todos en *Temi della cultura giuridica contemporanea*, Padua 1981

⁸⁴ RIPERT, Georges, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, París 1939, trad castellana, Puebla 1951, p. 50.

⁸⁵ La metáfora es de D'ORS, Alvaro, en *Presupuestos críticos para el estado del Derecho romano*, Salamanca 1943, p 24.

La escuela de la exégesis es un buen ejemplo de esto ⁸⁶. Así, esta faceta legal dejó en la penumbra a la otra judicial.

Ahora, en cambio, la experiencia ha vuelto a poner en claro que sirve de poco investigar el contenido de los códigos si no se considera, al mismo tiempo, la forma en que los entienden y aplican los jueces ⁸⁷.

Antes de abordar cada una de las vertientes de la codificación es menestar fijarse en la parte que tienen gobernantes y jueces en el tránsito de la exaltación de la ley a un legalismo judicial.

Del arbitrio judicial al legalismo judicial

De un modo sumamente esquemático cabe distinguir dos grandes momentos, marcados por el predominio de unos u otros. En una primera fase, la iniciativa la tienen los gobernantes. Son ellos quienes promueven la codificación. No puede ser de otro modo. Unos jueces formados en el Derecho común estaban lejos de tomar por sí mismos la iniciativa de desgajar de él al derecho nacional. Por otro lado, los códigos tampoco son obras doctrinales, cuya vigencia dimanase de la autoridad de sus redactores. Antes bien, son obras legales cuya vigencia es impuesta por la potestad de los gobernantes. Por eso son ellos quienes imponen la elaboración de los códigos y quienes los ponen en vigencia.

⁸⁶ BONNECASE, Julien, *La notion du droit en France au XIX^e siècle*, París 1919 *L'école de l'exégèse en droit civil Les traits distinctifs de sa doctrine et des ses méthode, d'après la profession de foi de ses plus illustres représentants*, París 1924², trad castellana, Puebla 1944 GRAUDEMET, Jean, *L'interpretation du Code Civil en France depuis 1804*, Basilea-París 1935 FERNÁNDEZ BARREIRO, Alejandro, *Los estudios de Derecho en Francia después del Código de Napoleón*, Roma-Madrid 1970

⁸⁷ El tema es vastísimo. Hay abundante bibliografía sobre él, pero no ha recibido hasta ahora la atención que merece. En general, últimamente, OST, F, *Juge pacificateur, juge arbitre, juge entraîneur Trois modèles de justice*, en GERARD, P, OST, F, y VAN DER KERCHORE, *Fonctions de juger et pouvoir judiciaire Transformations et déplacements*, Bruselas 1983 BONNECASE, nota 86 SAUVEL, Tony, «Histoire du jugements motivé», en *Revue du Droit Public* 61, París 1955 BRUGGEMANN, *Die richterliche Begründungspflicht*, Berlín 1971 BUHLER, Theodor, *Rechtsquellenlehre*, 3 vol, Zurich 1977

Ahora bien: la promulgación es para los códigos como la botadura para los barcos. A partir de ella comienza su verdadera vida. En esta fase, la última palabra la tienen los jueces, y en concreto, los jueces supremos. A ellos les corresponde definir la vigencia que, en concreto, se da a los nuevos cuerpos legales. No se trata de una declaración formal, como fue la promulgación, sino de la práctica judicial, que determina, en el hecho, los casos y la forma en que procede aplicarlos. Está demás advertir que esta práctica sirve de referencia para el resto de la vida jurídica, ya que la generalidad de la población actúa más o menos conscientemente en función de lo que los tribunales aprueban o reprueban. Tal es, sin ir más lejos, la razón por la cual Alvaro d'Ors ha podido definir el derecho como lo que los jueces aprueban⁸⁸.

Esto significa que la codificación no termina cuando se promulgan los códigos, sino cuando en los medios judiciales se define la vigencia de estos cuerpos legales. Una cosa es la labor codificadora, encaminada, en principio, a poner fin a la vigencia del Derecho común y del arbitrio judicial que la mantenía, y otra muy distinta, la actitud de los jueces que se encierran dentro del rígido marco del derecho legislado, sin osar salir fuera de él en busca de una solución para los casos sometidos a su decisión. En este sentido, el legalismo judicial es más obra suya que de los gobernantes.

Naturalmente, este resultado se alcanza tras un largo proceso. Pero desde que se llega a él, el radio de acción del juez se encoge. Deja de estar abierto, como antes de la codificación, a la declaración del derecho, sin limitación de fuentes, a lo cual desde los romanos se deba el nombre de *iuris dictio*, y se reduce a una simple aplicación de la Ley, la *subsunción* de casos particulares bajo una regla general, según la fórmula clásica del racionalismo jurídico.

⁸⁸ D'ORS, Alvaro, *Introducción al Derecho*, Valparaíso 1976, esp p 24

La vertiente legal: exaltación de la Ley

Hasta ahora, la codificación ha sido estudiada más bien en función de la población, en cuanto regulación de su vida jurídica, que del juez. Dentro de esta perspectiva, la investigación ha prestado sobre todo atención al contenido, más o menos innovador, de los códigos. Su principal empeño parece haber sido averiguar hasta qué punto el derecho codificado representa una ruptura frente al derecho anterior. Como es sabido, los códigos son cuerpos legales de derecho nacional. Como tales, constituyen una nueva versión, puesta en artículos o párrafos, del derecho anterior más bien que algo radicalmente distinto. Es cierto que son sistemáticos y que, en general, se adaptan a los ideales iusnaturalistas. Pero su contenido está tomado fundamentalmente del derecho anterior. Vale decir, del derecho nacional y del común ⁸⁹.

Pero este derecho es sometido a una completa transformación. Los códigos ponen fin al juego recíproco entre esas dos vertientes que concurrían a generarlo. Las refunden en un solo texto legal. Esta es, sin duda, la mayor innovación que con ellos se introduce.

Aquí nos interesa principalmente la suerte del Derecho común. Por cierto, no está ausente de los nuevos códigos. Se lo utiliza ampliamente para su elaboración. Pero en ellos ha sido, por así decirlo, nacionalizado. Ha dejado de tener vigencia por la autoridad de los juristas y sólo la mantiene por la potestad del legislador.

Este hecho priva de todo sentido a la *regla odia restringi*, sin necesidad de ningún precepto legal que así lo diga ⁹⁰. Ahora el juez no se encuentra, como antes de la codificación, en presencia de dos masas heterogéneas de material jurídico, a saber: los autores de Derecho común y las costumbres o leyes escritas de derecho nacional. Ahora ya no está abocado a compaginar la vigencia de una y otra. Esto no tiene sentido desde que, como se dijo, ambas están refundidas en un solo texto legal, el código de derecho nacional.

⁸⁹ STEINWERTER, nota 52, esp p 452 EBERT, nota 41, esp. 115. ARNAUD, nota 2 BRAVO LIRA, nota 4.

⁹⁰ BRAVO LIRA, nota 10.

«Nacionalización» del Derecho común

La presencia del Derecho común en los códigos no es casual. No podía hacerse otra cosa. Había que acudir a él si se quería formar cuerpos legales capaces de regular toda la vida jurídica de un país o una rama de ella, sea la penal, la civil, la mercantil y demás. Por otra parte, sin recogerlo ampliamente en los códigos, se corría el riesgo de que subsistiera por sí mismo al margen de ellos, sin que pudiera pensarse en eliminar su vigencia en lo que no había sido recogido por los códigos.

En este sentido es claro que la gran novedad de la codificación respecto al Derecho común no fue haberlo suprimido sin más, sino haberlo suprimido como común, con vigencia propia. En consecuencia, se lo dejó subsistir sólo en cuanto pasó a estar disuelto dentro de los nuevos cuerpos legales. Según esto, después de la codificación el Derecho común pervivió de dos maneras, o bien dentro de los códigos, disecado o inmovilizado en sus artículos, o bien fuera de ellos, bajo la forma de equidad ⁹¹.

La equidad vino a ser así como el último refugio del Derecho común. Los códigos le reconocen un papel integrador de sus lagunas o contradicciones. Pero a menudo intentan restringir su aplicación a un mínimo. Por eso anteponen la *aequitas constituta* a la *nondum constituta*. Antes de recurrir a la equidad propiamente dicha han de agotarse las posibilidades de hallar una solución apoyada de algún modo en textos legales.

De todas formas, aun en tales casos, el Derecho común no entra a aplicarse como derecho, sino en cuanto expresión calificada de la equidad. Podría decirse que rige no *iuris imperio*, sino *rationis imperio*.

En suma, el Derecho común está muy presente en los códigos, pero bajo una nueva forma. Ya no tiene esa vigencia universal y permanente que le confería la autoridad de los juristas, sino tan sólo la vigencia delimitada territorialmente y precaria en el tiempo, que le confiere la potestad de los gobernantes mediante la promulgación.

⁹¹ BRAVO LIRA, Bernardino, «La codificación de los derechos nacionales en Europa e Iberoamérica y su disociación del Derecho común», en RCHD 15, 1989

Del «iustum» al «iussum»

Así pues, lo que desapareció con la codificación no fue propiamente el Derecho común, sino esa corriente viva de autores y obras que lo mantenía al día. En lugar de esta jurisprudencia dinámica se impuso sobre las demás fuentes del derecho, la ley, la más rígida de ellas, la única que es incapaz de adaptarse por sí misma a las mudables condiciones de la vida social ⁹².

Esta victoria de la ley sobre la jurisprudencia tiene pesadas consecuencias para el Derecho. Es incomprensible sin la Ilustración, que veía en la ley la más racional y más perfecta entre las fuentes del Derecho y en la legalidad el principal medio para poner a los individuos a salvo de las arbitrariedades de los jueces y de la diversidad de opiniones de los juristas.

En el hecho, esta exaltación de la ley estuvo lejos de significar un fortalecimiento de ella. Antes bien, abrió las compuertas a su desvirtuación. Lo que la ley ganó en fuerza obligatoria —poder— lo perdió en contenido racional —autoridad—. Desde que los jueces dejaron de examinar su contenido, la ley se vacía. En adelante, lo único que cuenta es el mandato, *iussum*, sin importar lo mandado, *iustum*. En consecuencia, los gobernantes pueden emplearla para mandar cualquier cosa, lo mismo algo justo que injusto, sin que los jueces puedan impedirlo.

En este sentido, la codificación tiene un alcance político evidente. Detrás de ella está un avance del poder, vale decir del Estado en el terreno del derecho. En la misma medida en que el derecho nacional se desliga de la autoridad de los juristas, cae bajo la potestad de los gobernantes. Por eso la transformación del derecho nacional en un derecho legislado supone un cambio en la posición de los gobernantes y del juez frente a él. Mientras el Estado y los gobernantes se superponen al derecho nacional, los jueces ven deteriorarse su antigua independencia.

Pero ésta es la otra cara de la codificación, de la que pasamos a ocuparnos.

⁹² BRAVO LIRA, Bernardino, «La positivación del Derecho», en *RDJ* 62, 1965

La vertiente judicial: legalismo judicial

La codificación abrió paso a una nueva manera de concebir el papel del juez. En lugar de entenderlo como declarar el derecho —*ius dicere*— en los casos controvertidos, se lo hizo consistir en aplicar la Ley —*subsumir* casos particulares bajo una ley general.

Desde luego esto supuso un cambio de mentalidad de los propios jueces y un cambio de tal magnitud que no se operó de un día para otro. Antes bien, fue lento. Tardó bastante más que el trabajo codificador. Exigió la concurrencia de múltiples factores, distintos de la acción de los gobernantes, como son las universidades, los autores jurídicos, las prácticas judiciales y demás. En este sentido, este cambio de actitud del juez frente a la Ley viene a ser como la culminación de todo el esfuerzo codificador. En cuanto tal, no avanza al mismo ritmo ni alcanza la misma plenitud en todos los países de Derecho común de Europa y de América.

Punto de partida de este cambio es el fin del dualismo medieval Derecho común-derechos propios, a raíz de la codificación. Con él perdió el juez su puesto preeminente dentro del Derecho vigente. Se abrió la puerta para que más adelante pudiera relegárselo a un lugar eminentemente secundario, como es el de encargado de aplicar el derecho legislado a los casos controvertidos.

Frente a este deterioro de su posición de nada sirvió llamar poder a la judicatura, hablar de poder judicial, como lo hizo el constitucionalismo. Por lo demás, tal apelativo es un flaco favor a la judicatura, que con él nada tiene que ganar y sí mucho que perder. Sobre todo si, por el hecho de darle ese nombre, se somete la actuación judicial al principio de la legalidad, vale decir, a una regulación restrictiva, análoga a la que el constitucionalismo postura para el gobierno, que sí es un poder, ya sea en cuanto al jefe del Estado como al parlamento. Es decir, con ello sólo se consagró la omnipotencia de la ley. La constitución, después de todo, es más que una ley, a la que se califica de fundamental. Y, como sabemos, la única manera de imponer esta omnipotencia de la ley es reducir a los jueces a la impotencia frente a ella. Tal

es, en último término, el significado práctico de la exaltación de la ley como fuente del derecho por excelencia. Su expresión en el plano judicial no puede ser otra que un legalismo judicial.

«*Wertlosigkeit der Jurisprudenz*»

No es casual que frente a la exaltación de la ley se proclame, desde muy temprano, la *Wertlosigkeit der Jurisprudenz*, ya que, según la célebre frase de von Kirchmann, una sola plumada del legislador puede hacer inútiles bibliotecas enteras de jurisprudencia⁹³. Da lo mismo que esto sea una palmaria exageración. No por eso dejó de impresionar en su época.

Por cierto, el legislador es muy dueño de dictar la ley que le plazca, pero no lo es de las palabras y conceptos que emplea. Ellos se interpretarán y aplicarán, no según él los entienda, sino según el leal saber y entender de los jueces, que, a su vez, se han formado generalmente en las universidades. Así pues, el gobernante, con todo su poder, no está en condiciones de ignorar la autoridad de los juristas. De esta manera, nociones claves como contrato, delito o pena se toman en el sentido que les dan los jueces y los tratadistas.

No obstante, el despropósito de Kirchmann fue tenido por algo casi indiscutible en su tiempo. Vino a ser expresión de un sentir bastante difundido que, en la práctica, se traducía en un menosprecio del papel del juez a los ojos de los demás y, lo que es más grave, a sus propios ojos.

Este deterioro de la imagen del juez es bastante general en Europa continental y en Iberoamérica. En la práctica, los jueces del flamante poder judicial no muestran frente a los gobiernos constitucionales los mismos arrestos que la antigua judicatura frente a los gobernantes absolutos. En países como Francia, su obsecuencia ante el poder se explica, en buena medida, por el hecho de que los jueces, después de la revolución, han dejado de ser propietarios de sus cargos⁹⁴. Esto responde a una menta-

⁹³ KIRCHMANN, nota 14

⁹⁴ KUBLER, Jacques, *L'origine de la perpétuité des offices royaux*, Nancy 1950. DURAND, Georges, *Etats et institutions XVI^e-XVIII^e siècles*, París 1969, esp

lidad, muy francesa, que se contenta con altisonantes declaraciones de derechos, sin preocuparse por los medios que pudieran hacerlos efectivos ⁹⁵.

Retroceso de la judicatura

El hecho es que, a uno y otro lado del Atlántico, la administración crece y la judicatura decrece, con el consiguiente perjuicio para los más débiles. La constitución y las leyes les reconocen los mismos derechos que a los demás, pero en la práctica se encuentran cada vez más desvalidos ante los abusos del poder o de los poderosos, sean por vía legal, administrativa o simplemente vías de hecho.

No pocos autores avalan esta situación y llegan hasta a desconocer a la judicatura su antiguo papel de protectora de los gobernados frente a los gobernantes. Proclaman que en un Estado constitucional lo que corresponde al poder judicial es dirimir conflictos entre particulares, pero no entrar a juzgar los actos de otros poderes, vale decir, del gobierno, sean administrativos o legislativos.

Este retroceso de los jueces y de la propia judicatura ante los gobernantes es una de las manifestaciones de lo que Benda tardíamente denunció como *tahison des clerics*, vale decir, deserción de los hombres de letras. El tema está todavía por estudiar. Aquí nos limitaremos a señalar algunos de los factores que inciden sobre este cambio de mentalidad en los jueces, que los lleva a amoldarse a un papel cada vez más subalterno. Muy sumariamente aludiremos al auge de la legislación, al nuevo giro de los estudios jurídicos que ella torna posible.

pp 51 ss MOUSNIER, Roland, *Les Institutions de la France sous la monarchie absolue*, 2 vols , París 1974-80. GARRISON, Francis, *Histoire du Droit et des institutions*, 2 vol , París 1983, con bibl. HARROUEL, Jean Luis, BARBEY JACQUES, Bournazel Eric, y THIBAUT-PAYEN, Jacqueline, *Histoire des institutions de l'époque franque à la Révolution*, París 1987.

⁹⁵ Sobre contraste entre ella y el sentido práctico hispano e hispanoamericano, BRAVO LIRA, Bernardino, *Poder y respeto a las personas en Iberoamérica*, Valparaíso 1989

El juez desarmado ante la Ley

La legislación, erigida en principal fuente del Derecho, termina por adquirir proporciones abrumadoras. El juez no puede desentenderse del surgimiento de esta mole de Derecho legislado. La ley deja de ser algo excepcional, casuista, limitada a puntos concretos de la vida jurídica. Por primera vez en la historia de Europa continental e Iberoamérica parece cercano el momento en que llegará a regular por completo las actividades de la población. Frente a ella, las demás fuentes del Derecho, que hasta entonces habían gozado de primacía, se baten en retirada. La jurisprudencia y las costumbres son miradas con desprecio, como resabios del pasado. Se las tiene por fuentes de segundo orden, menos racionales y más imperfectas que la ley. Conforme a la concepción ilustrada del progreso, se las juzga como sobrevivencias de un oscuro pasado, condenadas a dejar paso a las luces de la razón, de la que es portadora la ley.

A esta misma visión contribuye la enseñanza jurídica conforme a la conocida frase de Bugnet, que ya hemos citado, «je ne connais pas le droit civil. Je n'enseigne que le code de Napoléon»⁹⁷, los estudios se centran sobre los textos legales, constituciones, códigos y demás. El Derecho común es relegado a segundo plano, como lo muestra el hecho de que el derecho romano y el canónico se convierta en meras asignaturas introductorias o complementarias.

Todo lo cual configura una situación nueva para el juez. Los códigos, y en general la legislación impuesta por la potestad de los gobernantes, relegan, primero a segundo plano y luego sencillamente al olvido, a los grandes juristas y a sus obras, que se imponían por la autoridad o saber de cada autor. De esta suerte el juez se va desconectando insensiblemente de los juristas del Derecho común. La última consecuencia de todo esto es que con ello pierde toda posibilidad de revisar las leyes.

⁹⁶ BENDA, Julien, *La trahison des clercs*, París 1927

⁹⁷ Ver nota 84

Las personas indefensas ante la ley y la administración

Aquí aparece con gran nitidez la significación del abandono, por parte del juez, de las dos vías que le permitían remontarse al Derecho común, sea para moderar la vigencia del derecho nacional, sea para suplir sus vacíos y contradicciones.

Mientras se mantuvo en vigor la regla *odia restringi*, el juez se mantuvo también, para ciertos efectos, por encima de las leyes. No sólo podía revisar su contenido. Debía hacerlo. De otro modo no habría podido distinguir entre leyes favorables u odiosas ni entre buenas y malas leyes, para dejar de aplicar estas últimas, por no ser verdaderas leyes, o reconocer a las otras una vigencia amplia o restricta, según fueran o no concordes con el Derecho común.

No debe olvidarse que una revisión de las leyes por el juez es vital para los gobernados. Mediante ella pueden tener una razonable seguridad de que no se les aplicarán medidas que sean abusivas. De hecho, ésta fue en Europa continental y en Iberoamérica, por espacio de varios siglos, una de las garantías efectivas contra las arbitrariedades de los gobernantes, cometidas tanto por vía legislativa como administrativa. Hasta ahora no se conoce ninguna más operante ⁹⁸.

Con la codificación se tornó por primera vez posible barrer con toda o casi toda revisión de la ley por el juez. En la medida en que perdió contacto con la corriente viva de los autores del Derecho común, el juez se encontró solo y desvalido frente al Derecho legislado.

En esta situación, el juez perdió, no sólo la costumbre, sino hasta la posibilidad misma de discernir lo justo o injusto en las leyes, de discriminar entre lo que en ellas es derecho y lo que es abuso. Para hacerlo, precisaba de criterios y métodos como los que le suministraban los juristas. Falto de ellos, el juez quedó desarmado frente a las leyes, sin más elemento para juzgar su contenido que sus personales apreciaciones. Sin el contrapeso de

⁹⁸ BRAVO LIRA, nota 95.

la autoridad el juez se condena a oscilar entre la arbitrariedad y el legalismo ⁹⁹.

Legalismo judicial

En esta disyuntiva no es difícil que los autores, y tras ellos los mismos jueces, se inclinen por la vía más objetiva del legalismo. En Chile contribuyeron a formar esta nueva mentalidad autores como Miguel Luis Amunátegui Reyes (1862-1949) o Luis Claro Solar (1857-1943). El uno sostiene que «no importa que se diga que (la ley) es injusta, inicua o absurda..., pues en todo caso tendrá que ser obedecida *sic scripta est*» ¹⁰⁰. El otro, en una clásica obra de derecho civil, afirma, por su parte, que la judicatura «ha sido creada para aplicarla (ley), sea buena o mala» ¹⁰¹. Estas palabras, que datan de 1898, conformaban todavía el sentir de la Corte Suprema más de seis décadas después. En sentencia de 1962 las reproduce enteramente. Según ella, la judicatura «no tiene intervención alguna en la confección de la Ley y ha sido creada para aplicarla, sea buena o mala» ¹⁰².

La relación entre el juez y el Derecho se plantea así en nuevos términos, que todavía hoy son corrientes en algunos países. Se deja de un lado el antiguo *ars* de buscar prudencial y judicialmente el *iustum*, caso por caso, y se lo reemplaza por una *thecnica* bastante más expeditiva: la aplicación del *iussum*, la ley pareja impuesta desde arriba a todos por igual. El juez termina así por hacerse a la idea de que su papel no va más allá de aplicar simplemente la ley. La tarea eminentemente humana de dar a cada uno lo suyo, como lo pide la justicia, es sustituida por la

⁹⁹ BRAVO LIRA, Bernardino, «Arbitrio judicial y legalismo Juez y Derecho en Europa continental e Iberoamérica antes y después de la codificación», en *Revista de Ciencias Sociales*, 32-33, Valparaíso 1988

¹⁰⁰ AMUNÁTEGUI REYES, Miguel Luis, *La formación de los acervos en la partición de una herencia*, Santiago 1889 Sobre esto y lo que sigue, BRAVO LIRA, *La codificación en Chile*, nota 4

¹⁰¹ CLARO SOLAR, LUIS, *Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado*, 17 vol., Santiago 1898-1927, 1, 29, 31

¹⁰² CORTE SUPREMA, «Sentencia de 25 de mayo de 1962, considerando 17», en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 59, Santiago 1962

inhumana pretensión de dar a todos lo mismo, que viene a ser una suerte de *summa iniuria* institucionalizada.

La legalidad por la legalidad

La anterior no es una posibilidad futura ni remota. Antes bien, la experiencia del siglo XX muestra que es una realidad demasiado próxima y actual.

Al vaciarse de contenido, la ley se convierte fácilmente en instrumento dúctil al servicio de los gobernantes, en mero *instrumentum regni*. Los gobernantes resisten difícilmente la tentación de transformar su monopolio de la legislación en un monopolio del derecho. Se llega así a una estatalización del derecho, que tiene su máxima expresión en los Estados totalitarios del siglo XX.

De su lado, los jueces, maniatados por el legalismo, son impotentes ante este deterioro cada vez más patente de las leyes. La ley, después de haber sido convertida en principal y casi única fuente del derecho, pasa a serlo igualmente del abuso. Es lo que sucede en los Estados totalitarios de este siglo en sus dos versiones: socialista internacional, soviética, y nacionalsocialista, nazi ¹⁰³. En ellos, según el jurista soviético Andrei Wyschinski: «Las leyes son hechas para defender al Estado contra los individuos y no a los individuos contra el Estado» ¹⁰⁴.

Sin llegar a tanto, en el resto de Europa y de Iberoamérica el aumento en el número de las leyes corre pareja con su descrédito, con la pérdida de respetabilidad. Por todas partes se ve

¹⁰³ ARENDT, Hanna, *The origins of Totalitarianism* (1951), Nueva York 1958
VOEGELIN, Eric, «Religionersatz, Die gnostischen Massenbewegungen unser Zeit», en *Wort und Wahrheit* 15, 1960, trad castellana, Madrid 1966
NOLTE, Ernst, *Der Faschismus in seiner Epoche Action Française, Faschismus und Nationalsozialismus*, Munich 1963, trad castellana, Barcelona 1970
SEIDEL, Bruno, y KENKER, Siegfried (ed), *Wege der Totalitarismusforschung*, Darmstadt 1968, reúne trabajos de varios autores
FUNKE, Manfred (ed), *Totalitarismus, Dusseldorf 1978, reúne trabajos de varios autores*
MASSINI, Carlos Ignacio, *El renacer de las ideologías*, Mendoza 1984

¹⁰⁴ WYSCHINSKI, Andrei J , *Cuestiones de la teoría del Estado y del Derecho* (en ruso), Moscú 1949
LEISSNER, Gustav, *Verwaltung und öffentlichen Dienst in der sowjetische Besatzungzone Deutschlands*, Stuttgart-Colonia 1961

repetida la misma experiencia. La legalidad por la legalidad, vacía de contenido, sirve por igual a todos los gobiernos, lo mismo a una democracia liberal que a una democracia totalitaria.

Situación que, tras la segunda guerra mundial, pudo sintetizar García de Enterría del siguiente modo. la sociedad «ha comenzado a ver en la ley algo en sí mismo neutro, que no sólo no incluye en su seno necesariamente la justicia y la libertad, sino que con la misma naturalidad puede convertirse en la más fuerte y formidable amenaza para la libertad, incluso en una forma de organización de lo antijurídico» y hasta en un instrumento para «la perversión del orden jurídico»¹⁰⁵.

*De la «Wertlosigkeit der Jurisprudenz»
a la «materiale Gerechtigkeit»*

No han faltado reacciones frente a este estado de cosas. Desde los años 1930 se habla cada vez con más frecuencia de crisis del derecho. Es significativo que en este contexto se redescubra el arbitrio judicial. Algunos van más lejos aún y abogan por un derecho libre¹⁰⁶.

En este sentido son ilustrativos Chile y en general en el área jurídica castellano-portuguesa los escritos de Pedro Lira acerca de *La crisis del Derecho*¹⁰⁷, las tesis de Adriana Olguin

¹⁰⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, «Reflexiones sobre la Ley y los principios generales de Derecho en el Derecho administrativo», en *Revista de Administración Pública*, 40, Madrid 1963

¹⁰⁶ El Derecho libre y la *Freirechtsschule* están ligados al nombre de Eugen EHRLICH, *Grundlegung der Soziologie des Rechtes* (1913) hay reimpression Berlín 1967 LARENZ, Karl, *Methodenlehre des Rechtswissenschaft*, Berlín 1980, trad castellana 1966.

¹⁰⁷ LIRA URQUIETA, Pedro, *La crisis del Derecho* (1934), ahora en sus *Temas universitarios*, Santiago 1945 Posteriormente sobre el tema, el mismo *De la necesidad de refundir nuestra legislación*, Santiago 1957 El mismo, *Las grandes líneas de la legislación contemporánea*, Santiago 1958 NOVOA MONREAL, Eduardo, «La crisis del sistema legal chileno», en *RDJ* 62, 1965 BRAVO LIRA, Bernardino, nota 92 El mismo, «Los estudios sobre la judicatura chilena de los siglos XIX y XX», en *RDP* 19-20, 1976 El mismo, «Metamorfosis de la legalidad. Forma y destino de un ideal dieciochesco», *ibid*, 31-32, 1982 VELASCO LETELIER, Eugenio, *Crisis del sistema legal chileno* El mismo, *El Derecho y los cambios sociales* SALVAT MONGUILLOT, Manuel, «Necesidad de una perspectiva histórica

sobre *Las lagunas del Derecho y el arbitrio judicial* ¹⁰⁸ y de José Ureta Cánovas, *De la interpretación del Derecho y sus métodos* ¹⁰⁹; los estudios de los magistrados —luego presidentes de la Corte Suprema de Chile— Osvaldo Illanes Benítez, *El juez y la Ley* ¹¹⁰, y Pedro Silva Fernández, *El arbitrio judicial ante el Código civil* ¹¹¹. El tema mantiene su actualidad como lo muestra una serie de publicaciones que va desde la tesis de Olga Onetto, *Juez y Ley* ¹¹²; Ramiro Troncoso, *Interpretación de la Ley y arbitrio judicial* ¹¹³, y Fernando Mújica, *La integración de las lagunas legales* ¹¹⁴, hasta los estudios de profesores como Bernardo Gesche Müller, *Jurisprudencia dinámica* ¹¹⁵; Fernando Fueyo Laneri, *Interpretación y juez* ¹¹⁶, o Carlos Ducci Claro, *Interpretación jurídica* ¹¹⁷.

Paralelamente, la Corte Suprema muestra en Chile una mayor flexibilidad al dar forma a un recurso de queja que le permite corregir expeditivamente los abusos cometidos por los tribunales inferiores y que, por su sencillez y eficacia, termina por relegar de hecho a la casación a un segundo plano ¹¹⁸. Es decir, entre la

en los estudios de Derecho», en *Anales de la Facultad de Ciencias Judiciales y Sociales*, 4.^a época, Santiago 1967, ahora en sus *Estudios de Derecho histórico*, Santiago 1975 (multicopiado)

¹⁰⁸ OLGUÍN BUCHE, Adriana, *Las lagunas de la Ley y el arbitrio judicial (en Derecho privado)*, Valparaíso-Santiago 1936

¹⁰⁹ URETA CASANOVA, José, *De la interpretación del Derecho y sus métodos*, Santiago 1939

¹¹⁰ ILLANES BENÍTEZ, Osvaldo, «El juez y la Ley», en *RDJ* 28 y 29, Santiago 1932

¹¹¹ SILVA FERNÁNDEZ, Pedro, «El arbitrio judicial ante el Código civil», en *RDJ* 38, 1941

¹¹² ONETTO, Olga, *El juez y la Ley*, Santiago 1956

¹¹³ TRONCOSO LARRONDO, Ramiro, *Interpretación de la ley y arbitrio judicial*, Concepción 1958

¹¹⁴ MÚJICA BEZANILLA, Fernando, *La integración de las lagunas legales*, Santiago 1959

¹¹⁵ GESCHE MULLER, Bernardo, *Jurisprudencia dinámica La desvalorización monetaria y otros problemas en el desarrollo*, Santiago 1971

¹¹⁶ FUEGO LANERI, Fernando, *Interpretación y juez*, Santiago 1976, con una completa bibliografía

¹¹⁷ DUCCI CLARO, Carlos, *Interpretación jurídica*, Santiago 1977

¹¹⁸ CORTE SUPREMA, Sentencia de 6 de julio de 1959, considerando 5, en *RDJ* 55, 1959, resume la cuestión ROSALES, Víctor, «Estudio del recurso de queja

legalidad y la justicia, la Corte Suprema se ha inclinado por la justicia. En consecuencia, se sostiene que la queja se ha convertido en muchos casos en una tercera instancia. De ser así, tal vez sería conveniente pensar en institucionalizar esta situación, toda vez que el principio de que dos sentencias conformes zanján definitivamente el asunto, permite conciliar, mejor que ningún otro conocido, la agilidad de la tramitación de los juicios con la justicia de la decisión. Después de todo, en este mundo no se puede pedir mayor protección para el litigante que la doble sentencia.

Estas tendencias son muy sintomáticas. Por una parte erosionan el legalismo y por otra parecen anunciar el fin de la época de la codificación. Cada vez se diferencia más claramente el reinado de la ley del imperio del derecho. En lugar de la *Wertlosigkeit der Jurisprudenz* se da entrada a la *materiale Gerechtigkeit*¹¹⁹.

referido a la Corte Suprema», en *RDJ* 33, 1936. Esta jurisprudencia encontró resistencia en algunos autores. ANABALÓN SANDERS, Carlos, *Tratado práctico de Derecho procesal*, 2 vols., Santiago 1944 y 1946, MUNITA HERRERA, Eduardo, *Estudio crítico del recurso de queja*, Santiago 1967. A comienzos de siglo la queja a la Corte Suprema era muy poco frecuente. En cambio, la casación ocupaba el primer lugar entre las actividades del tribunal. Desde que la Corte admite la posibilidad de modificar resoluciones judiciales por la vía de la queja, ésta se hace cada vez más frecuente. Paralelamente disminuyen los recursos de casación, hasta que a partir de los años sesenta son sobrepasados por los recursos de queja, que se convierten en la principal actividad del tribunal. En 1975 la Corte vio 834 quejas y sólo 304 casaciones. En 1986 falló 347 casaciones de fondo y 2 364 quejas. Ver cuadro y exposición de VICENTE MOLINA, Gonzalo, «La memoria anual del presidente de la Corte Suprema (1975-1976)», tesis, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago 1976. EYZAGUIRRE, José María, «Memoria del presidente de la Corte Suprema», 1 de marzo de 1976, *RDJ* 73, 1976. RETAMAL, Rafael, «Memoria del presidente de la Corte Suprema», 1 de marzo de 1987, en *RDJ* 84, 1987. GÓMEZ BERNALES, Gastón, «Corte Suprema, algunos de sus comportamientos», en *El Ferrocarril* 7, Santiago 1986.

¹¹⁹ Sobre este problema, que pasa a primer plano después de las experiencias totalitarias del siglo XX, ver, por ejemplo, la célebre obra de WELZEL, Hans, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, Gotinga 1951, trad. castellana, Madrid 1971. JAHRREISS, Hermann, «Die Rechtspflege im Bonner Grundgesetz», en *Verhandlungen des 37. Deutschen Juristentages* (1950) 44, ahora en *Mensch und Staat. Rechtsphilosophische, staatsrechtliche und volksrechtliche Grundfragen in unserer Zeit*, Colonia-Berlín 1957, 113 ss., habla de «eine Ruckker von "Gesetz-

Conclusión: del derecho legislado al abuso gubernativo

A estas alturas parece llegado el momento de hacer un balance del intento promovido por la Ilustración de eliminar la arbitrariedad del juez por medio de la legalidad.

Hasta la codificación, la sujeción del juez a la ley no había sido obstáculo para que prosperara un derecho de juristas. Así se vio primero en la Roma clásica, luego en la Europa medieval y, en tiempos más próximos a nosotros, en la Europa y la América modernas. En Roma, la ley había sido una fuente del derecho muy secundaria, cuyo ámbito principal era lo público ¹²⁰. En el Derecho común europeo e iberoamericano la primacía teórica de la ley —civil, canónica o real— estuvo en todo momento mediada, en la práctica, por la doctrina de los autores. La ley era lo que entendían y enseñaban los juristas. De ahí que tanto el derecho romano como el común fueran derechos de juristas, concebidos al modo clásico como un *ars boni et aequi* ¹²¹. En cuanto tales, estos derechos se presentaban al juez en forma abierta, de suerte que le correspondía a él cerrarlos, caso por caso, mediante su sentencia, que entraña una *iurisdictio*.

La codificación permitió variar esta posición del juez frente al Derecho. Por primera vez, la legislación pudo aspirar a ser, no sólo en teoría, sino también en la práctica, la fuente del derecho por excelencia. Por su amplitud, y sobre todo por su pretensión de regular, de una vez para siempre, toda la vida jurídica, el derecho codificado se convierte en un conjunto de normas. De ahí también que los estudios jurídicos tiendan a una mera *scientia iussi et puniti*. De esta suerte, el derecho codificado aparece ante el juez como un todo, cerrado de antemano al legislador, de modo que a él no le cabe más que aplicarlo, caso por caso, mediante su sentencia, que entraña una mera *subsunción*.

Es decir, la codificación abre paso a una reducción, hasta entonces inimaginable, del papel del juez. En lugar de declarar el derecho en los casos controvertidos, se le intenta limitar a

vor-Recht" Denken zum "Recht-vor-Gesetz" Denken» un retorno desde la concepción de una ley anterior al derecho a una concepción de un derecho anterior a la ley

¹²⁰ GUZMÁN, nota 11

¹²¹ Para esto y lo que sigue, BRAVO LIRA, nota 4

aplicar la ley a los casos particulares, es decir, subsumirlos bajo una ley general.

Con ello se pretendía poner a los individuos a cubierto de la arbitrariedad de los jueces. Pero, a la postre, sólo se consiguió dejarlos inermes frente a la arbitrariedad de los gobernantes.

Un desenlace como éste no tiene nada de inesperado. Al rechazarse la *autoridad* de los juristas, se privó a las personas de una protección frente a la *potestad* de los gobernantes, cuya eficacia fue, por varios siglos, el orgullo de Europa y de América, tanto que cifraban en ella su superioridad frente al despotismo oriental.

Sin embargo, insistimos, para terminar, en que lo decisivo en la implantación de la legalidad por la legalidad no fueron los códigos mismos, sino un cambio de mentalidad de los propios jueces. Bajo el influjo de la Ilustración rompen con el Derecho común, lo que les deja inermes ante la ley. Entonces se persuaden no sólo de la omnipotencia de la ley, sino de su propia impotencia frente a ella. No osan revisar su contenido. Sólo atinan a aplicarla tal como viene. Sin el legalismo judicial, habría sido imposible una legalidad por la legalidad.

A la postre, este legalismo judicial se ha mostrado más peligroso aún que esa arbitrariedad de los jueces que con él se quiso remediar. La omnipotencia de la ley se presta para los mayores atropellos. Incluso para aniquilar el derecho. De hecho, ella ha sido instrumento de los totalitarismos, soviético y nazi, para imponer el peor sin derecho: el abuso legalizado. Pero este abuso no es desconocido tampoco en los demás países, donde también impera la legalidad por la legalidad, aunque en menos grado.

El estudio del papel del juez tal como resulta de la regla *odia restringi* y de la *aequitas* nos han llevado muy lejos. No podía ser de otro modo. De ellas dependió durante muchos siglos la relación del juez con el derecho. En ella están en juego mucho más que conflictos entre personas. Nada menos que su protección frente al poder. Lo que nos revela su verdadera significación en la historia de Europa e Iberoamérica.

El autor agradece al Prof. Dr Dieter Simon, director del *Max Planck Institut f. Rechtsgeschichte* de Francfort, su amable acogida para trabajar en ese Instituto y a *Alexander von Humboldt-Stiftung*, su apoyo hace posible la estadía en Francfort

ABREVIATURAS

AHDE	<i>Anuario de Historia del Derecho Español</i> , Madrid 1930, publicación en curso
IC	<i>Ius Commune</i> , Francfort 1968, publicación en curso
RCHHD	<i>Revista Chilena de Historia del Derecho</i> , Santiago 1959, publicación en curso
RDJ	<i>Revista de Derecho y Jurisprudencia</i> , Santiago 1903, publicación en curso
RDP	<i>Revista de Derecho Público</i> , Santiago 1966, publicación en curso
RHD	<i>Revista de Historia del Derecho</i> , Buenos Aires 1973, publicación en curso.
RIHD	<i>Revista del Instituto de Historia del Derecho</i> (Ricardo Levene), Buenos Aires 1949, publicación en curso
REHJ	<i>Revista de Estudios Histórico-Jurídicos</i> , Valparaíso 1976, publicación en curso
ZSS	<i>Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte</i> , 1880 Viena-Colonia-Graz, publicación en curso