

## HISTORIA DEL «REFERIMIENTO AL LEGISLADOR», II: EL DERECHO NACIONAL CHILENO

ALEJANDRO GUZMÁN B.

Miembro de Número de la Academia Chilena de la Historia  
Universidad Católica de Valparaíso  
Universidad de Chile

### I. INTRODUCCIÓN

1. La expresión “*referimiento al legislador*” (*ral.*) traduce la correspondiente francesa “*référé au législateur*”, que en su primera parte, al menos, se vincula con un modo de decir presente en la constitución *Tanta*<sup>1</sup> del emperador Justiniano. Bajo tal denominación se entiende el envío de una cuestión de oscuridad o ambigüedad en la norma, o bien de insuficiencia o laguna en ella, por el juez que conoce del litigio en que tales cuestiones se han presentado al estudiarlo para su fallo, a un órgano de interpretación o creación oficiales del derecho, a fin de que éste provea una solución a la duda o laguna, que en seguida el juez aplicará en su sentencia, o bien para que dicho intérprete o creador falle directamente el pleito, sentando la solución a la duda o laguna en su propia sentencia. Este envío de tales problemas puede ser facultativo, si es que se reconoce al juez un arbitrio para decidir entre consultar o resolver por sí mismo; o bien forzoso, en la medida en que se impone al juez la obligación de consultar, lo cual supone una prohibición al tribunal de interpretar la norma o colmar sus lagunas, de un modo autónomo.

Lo que en realidad caracteriza al *ral.* es la consulta al intérprete o creador oficial del derecho, no necesariamente al legislador<sup>2</sup>, por lo cual debe reconocerse que la denominación usada

<sup>1</sup> Iust., c. *Tanta* 21: *Si quid... ambiguum fuerit visum, hoc ad imperiale culmen per iudices referatur* (Si algo se encontrare ambiguo, sea remitido por los jueces a la superioridad imperial).

<sup>2</sup> Sobre esto: GUZMÁN, A., *Historia del referimiento al legislador*, I: *Derecho romano*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 6 (1981), p. 13 ss.

para designar esta institución no es del todo correcta. Ella cuenta, sin embargo, con una cierta tradición historiográfica; además, en la mayor parte de los casos históricos, en verdad esta forma de consultar ha resultado ser dirigida al tipo especial de intérprete o creador oficial del derecho que es el legislador y sólo excepcionalmente a otro tipo de aquéllos, distintos del legislador. Como veremos, esta regla también cumpliéndose en Chile.

2. El *ral*. arranca sus orígenes del derecho romano tardo-clásico<sup>3</sup>; desarrollóse en el postclásico y alcanzó su perfección y generalización con Justiniano. En sus inicios tan sólo revistió la forma facultativa; en la época postclásica convirtiéndose en obligatorio para ciertos casos; pero Justiniano lo estableció con tal carácter para todos ellos. Fue así como apareció configurado en las constituciones *Tanta*<sup>4</sup> - *Dédoken*<sup>5</sup> y *Cordi*<sup>6</sup> y en la Novela 113. Con todo, en la novela 125 resultó derogado, pese a lo cual tuvo fuerza suficiente para transmitirse hacia las épocas sucesivas. Aquí, empero, preliminarmente nos interesará fijarnos en las grandes líneas de su evolución únicamente respecto de los reinos hispánicos, y concretamente del de Castilla, por la conocida razón de haber sido el derecho castellano una parte importante del vigente en Chile hasta bien entrado el siglo XIX. Lo propio cabe decir para el derecho indiano.

## II. EL "REFERIMIENTO AL LEGISLADOR" EN LOS DERECHOS CASTELLANO E INDIANO

1. No está de más recordar que ya en el *Fuero Juzgo*<sup>7</sup> se encuentra una norma que en cierto modo instituía el *ral*. Dicha norma ordenaba a los jueces abstenerse de conocer litigio alguno no contenido en las leyes; en seguida mandaba que el pleito fuera enviado al rey para su fallo, el cual habría de constituirse en ley.

<sup>3</sup> Vid. n. 2.

<sup>4</sup> Iust., c. *Tanta* 18; 21 i.f.

<sup>5</sup> Iust., c. *Dédoken* 18; 21 i.f.

<sup>6</sup> Iust., c. *Cordi* 4.

<sup>7</sup> *Fuero Juzgo* 2.1.11: El rey don Flavio Rescindo: *Que los jueces non oyan negun pleyto, si non aquel que es contenido en las leyes.*

*Ningun iuez non oya pleytos, sino los que son contenidos en las leyes. Mas el senyor de la cipdad, o el iuez por si mismo, o por su mandadero faga presentar amas las partes antel rey, quel pleyto sea tractado antel, e sea acabado mas aina, e que fagan ende ley.*

Esta última parte de la disposición en estudio no se entiende sino en cuanto referida al caso de un litigio no contenido en la ley vigente, esto es, al caso de laguna en ella; y eso explica entonces que fuera el rey quien debía fallar el caso y no el juez, pues si el pleito se encontraba contenido en las leyes, hubiera sido precisamente al juez a quien correspondiera sentenciar, de acuerdo con la primera parte del texto analizado.

En todo caso, es digno de notarse que aquí aparecen confundidos en un solo acto el momento de colmadura de la laguna con el momento de dirimición del litigio: el rey con su sentencia cubría la laguna y al cubrirla, fallaba la causa.

2. Vamos ahora al derecho propiamente castellano.

a) La figura del *ral*. aparece más exactamente descrita en el *Fuero Real*<sup>8</sup>. Dicho cuerpo, junto con ordenar fallar los pleitos de conformidad con sus prescripciones, mandaba que, presentándose uno imposible de solucionar de acuerdo con ellas, fuera enviado al rey para que éste hiciera una ley, según la cual el juez debía en seguida fallar la causa; la disposición terminaba agregando que dicha ley debía insertarse en el *Fuero Real* mismo.

De este modo y a diferencia del *Fuero Juzgo*, el texto alfonsino distinguía claramente los dos momentos que el primero confundía; según vimos, en efecto, dicho texto reservaba al rey, no el fallo del litigio sino únicamente la formulación de la ley reguladora del caso no previsto, que el juez debería aplicar al sentenciar por su parte.

b) *El Espéculo*<sup>9</sup> contenía una norma algo distinta en su esencia a la del *Fuero Real*. Después de dar el usual mandato de fallar

<sup>8</sup> Fuero Real 1.7.1.: *Mandamos que todos los alcaldes que fueren puestos, juren en el consejo: que guarden los derechos del rey, y del pueblo, y a todos los que a su juicio vinieren, que juzguen por estas leyes, que en este libro son escriptas, e non por otras; e si pleyto acaesciere, que por este libro no se puede dominar, embienlo a decir al rey, que les de sobre aquello ley, porque juzguen; e la ley que el rey les diere, metanla en este libro.*

<sup>9</sup> Espéculo 4.2.16. *Pero si acaesciere atal pleito que por las leyes deste libro non se puede librar, deben lo enviar dezir al rey aquellos ante que el pleito veniere, de esta menra: primeramente deve saver el pleito cómo comenzó, e sobre qué, e de si las razones como fueron tenudas, e despues la dubda o la mingua que fallaron en las leyes, porque non lo podieren librar, e la carta que fezieron desto para enviar al rey deve seer fecha ante amas las partes, de manera que lo oyane entiendan si fueron escriptas todas las razones asi como fueron tenudas. E si el rey fallare que la mingua o la dubda fuera tal por que deva fazer ley, sobre aquella ley como fuere hecha, seer escripta en este libro alli o conviene.*

los pleitos según sus propias prescripciones y de permitir el uso de otras leyes sólo en cuanto coincidentes con las del *Espéculo*, se situaba éste en el caso de no poderse librar la causa según sí mismo, bien por duda de interpretación, bien por laguna (*mingua*); para tal evento ordenaba dirigirse al rey de acuerdo con un cierto procedimiento y disponía que si aquél determinaba que la duda o laguna era de tal naturaleza que debía hacerse una ley, la que se hiciera se insertara en el *Espéculo*.

Podrá apreciarse, en consecuencia, que este código, a diferencia del *Fuero Real*, aludía por un lado expresamente al caso de duda, amén de aquel de laguna, único al que se refería el *Fuero Real*; y que, por otro, no se refería al fallo del caso por el juez en conformidad con la nueva ley que hiciera el rey, sino sólo a dicha ley, no obstante lo cual parece obvio que el juez debía proceder a sentenciar la causa según tal ley precisamente.

c) El *ral.* aparece muy desvaído en las *Partidas*<sup>10</sup>, que no se refieren, expresa ni específicamente, al envío de pleitos por el juez al rey, con motivo de dudas o lagunas legales, sino, en general, a dudas de los jueces acerca de la manera en que debían dar su juicio, en razón de las pruebas o de los derechos de las partes. Para tal situación, las *Partidas* disponían, en primer lugar, una consulta a los jurisperitos y en seguida, si de éstos no se recabara una solución, al rey, el cual, según la misma disposición, podía o bien dar él mismo una sentencia o bien instruir al juez sobre

<sup>10</sup> Partidas 3.22.11: *Mucho cerca estan de saber la verdad, aquellos que dubdan en ella, assi como dixeron los Sabios antiguos. E porende dezimos, que quando los Judgadores dubdaren, en que manera deven dar su juyzio, en razon de las pruebas, e de los derechos que ambas las partes mostraron, que entonce deven preguntar a los omes sabidores sin sospecha, de aquellos lugares que ellos han de juygar, e mostrarles todo el fecho assi como passo ante ellos. E si en la respuesta destos sabidores pudieren aver recabdo, de manera que salgan de aquella dubda en que eran, deuen dar el juyzio en la manera que de suso mostramos. Mas si ciertos non pudieren ser de aquella dubda, deuen fazer escreuir todo el pleyto, como passo antellos, bien e lealmente, e despues fazerlo leer ante las partes, porque vean, e entiendan, si esta escrito todo lo que fue razonado. E si fallaren que es y alguna cosa crecida, o menguada, o camuada, deuenlo enderecar, e despues sellar el escrito con sus sellos, e dar cada vna de las partes el suyo, que lo lleuen al Rey: e sobre todo esto deuen los Juezes fazer su carta, e embiarla al Rey, recontandole todo el fecho, e la dubda en que son. E entonce el Rey, sabida la verdad, puede dar el juyzio, o embiar dezir a aquellos Judgadores, de como lo den, si se quisiere. Pero ningun Judgador non deue esta fazer por escusarse de trabajo, nin por alongamiento de pleyto, nin por miedo, nin por amor, nin desamor que aya a ninguna de las partes, si non porque non sabe escoger el derecho, tambien como deuia, o queria. Ca si de otra guisa lo fiziesse, deue porende recibir pena, segun entendiere el Rey que la merece.*

cómo hacerlo. Es evidente, empero, que el *ral.* estaba contenido en esta norma alfonsina: la perplejidad del juez bien podía deberse a la oscuridad de sentido de la ley aplicable o bien a la falta de ley, de modo que sobre tales extremos pudiera incidir la consulta a los jurisperitos o al rey. Esto es más claro aún si se tiene presente otra disposición de las *Partidas*<sup>11</sup> que reservaba sólo al rey la facción y la interpretación de las leyes y resulta así evidente que en el espíritu de las *Partidas* estaba bien presente la idea del *ral.*

d) La norma más moderna consagratoria de esta institución la encontramos en el *Ordenamiento de Alcalá*. Hacia el fin de la ley 28.1 de ese cuerpo se lee, en efecto, lo siguiente: *Et porque al Rey pertenece, e ha poder de facer fueros, e leyes, e de las interpretar, e declarar, e emendar do viere que cumple, tenemos por bien que si en los dichos fueros, o en los libros de las Partidas sobredichas, o en este nuestro libro, o en alguna, o en algunas leyes de las que en él se contienen, fuere menester interpretación, o declaración, o enmendar, o añadir, o tirar, o mudar, que nos lo fagamos. Et si alguna contrariedad pareciere en las leyes sobredichas entre sí mismas, o en los fueros, o en cualesquiera de ellos, o alguna duda fuere fallada en ellos, o algún fecho porque por ellos no se puede librar, que Nos seamos requeridos sobre ello, porque fagamos interpretación, o declaración, o enmienda do entendieremos que cumple, e fagamos ley nueva la que entendieremos que cumple sobre ello, porque la justicia, o el derecho sea guardado.*

Esta ley, por una parte, reservaba exclusivamente al rey la interpretación o declaración y la extensión de las leyes; y, por otra, ordenaba consultarle toda vez que se presentara alguna duda en torno a aquéllas o se descubriera una laguna, con el fin de proceder a confeccionar una ley interpretativa o colmadora. Ciertamente esta disposición del *Ordenamiento de Alcalá* no aludía expressis verbis al caso del juez perplejo, que entonces debía dirigirse al rey en demanda de solución; pero sus términos son lo suficientemente generales y amplios como para incluir a toda persona que de una u otra manera administrara el derecho y, por ende, también a los jueces.

<sup>11</sup> Partidas 1.1.14: *Dubdosas seyendo las leyes por yerro de escriptura, o por mal entendimiento del que las leyese: porque debiesen de ser bien espaladinadas, e facer entender la verdad de ellas; esto non puede ser por otro fecho, sino por aquel que las fizo, o por otro que sea en su lugar, que haya poder de las facer de nuevo, e guardar aquellas fechas.*

e) La ley I de Toro<sup>12</sup>, al establecer su propio orden de prelación de fuentes, en seguida de reproducir la antes citada de Alcalá, agregaba una norma similar a ésta, pero limitada, no obstante, al caso de dudas de interpretación de los cuerpos legales referidos en dicho orden, sin mención expresa del caso de laguna en todos ellos. Para el primero de tales casos, la ley I de Toro también establecía un recurso al rey en demanda de interpretación y declaración de las disposiciones legales oscuras, a cuyo efecto ordenaba que se le consultara.

f) Como es sabido esta ley torinesa fue recogida tanto en la *Recopilación de leyes de Castilla* o *Nueva Recopilación*<sup>13</sup> como en la *Novísima Recopilación de Leyes de España*<sup>14</sup> y con ello vio asegurada su vigencia durante toda la época moderna.

3. La constitución de 1812 promulgada en Cádiz, mantuvo en su esencia la institución del *ral.*, si bien con las adaptaciones propias de los principios liberales de que ella se hizo eco. El art. 261 N° 10 de dicha constitución señalaba tocar al tribunal supremo instituido en la misma, la facultad de: *Oír las dudas de los demás tribunales sobre la inteligencia de alguna ley y consultar sobre ellas al Rey con los fundamentos que hubiere, para que promueva la conveniente declaración en las Cortes*<sup>15</sup>. La disposición, como se aprecia, no se refería específicamente a las lagunas legales, sino únicamente a las dudas relativas a la inteligencia de una ley; al mismo tiempo establecía un procedimiento para zanjar tales dudas consistente en una audiencia de la cuestión por parte del tribunal supremo, una consulta de éste al Rey, acompañada de los fundamentos allegados sobre la misma, y una declaración o interpretación final de las cortes promovida por el monarca. La audiencia del problema por parte del tribunal supremo, a su vez, debía originarse en una consulta elevada por los demás tribunales, sin que resulte claro el carácter obligatorio o facultativo de dicha consulta.

<sup>12</sup> Ley I de Toro: *... e mandamos que cuando quier que alguna dubda ocurriere en la interpretación y declaración de las dichas leyes de ordenamientos, e premáticas, e fueros, o de las partidas, que en tal caso recurran a Nos, e a los reyes que de Nos vinieren, para la interpretación e declaración de ellas; porque por Nos vistas las dichas dubdas, declararemos e interpretaremos las dichas leyes como conviene a servicio de Dios nuestro Señor, e al bien de nuestros subditos e naturales, e a la buena administración de nuestra justicia.*

<sup>13</sup> Nueva Rec. 2.1.3.

<sup>14</sup> Nov. Rec. 3.2.3.

<sup>15</sup> Ed. SEVILLA, A., *Constituciones y otras leyes y proyectos políticos de España* (Madrid, 1969), t. 1, p. 200.

Las vicisitudes posteriores del *ral*, en España ya no nos interesan.

4. De acuerdo con una conocida ley recogida en la recopilación de 1681<sup>16</sup>, en Indias, para el caso de defecto en las leyes indianas, correspondía aplicar las de Castilla precisamente de acuerdo con el orden establecido por la I de Toro. Implicaba ello que si, en definitiva, no se encontraba norma aplicable al caso de que se tratase o bien la aplicable era dudosa, también el juez indiano debía recurrir al rey en demanda de la ley nueva o interpretativa. Pero este principio aplicable en los reinos americanos en virtud de la ley I de Toro fue expresamente sancionado para tales reinos mediante una real cédula de 2 de marzo de 1710, citada por Josef de Ayala en sus *Notas a la Recopilación de Indias*. El tenor de dicha cédula, según la cita de Ayala, era el siguiente: *Ordenamos y mandamos a nuestras Audiencias Reales se abstengan de declarar, ampliar o interpretar Ley alguna, pues aun el explicar cualquier duda sobre ellas toca a nuestro Consejo de las Indias, y lo demás expresamente a mi Real Persona*<sup>17</sup>. Esta disposición regia, por lo demás, suponía lo dispuesto por la ley I de Toro, pues daba por sentado que “*toca expresamente*” al rey el “*declarar, ampliar o interpretar*” la ley, sin que su finalidad haya sido establecer tal función privativa por vez primera. Es evidente que este supuesto de que partía la real cédula era el sentado por la ley I de Toro reiterativo del *Ordenamiento de Alcalá* y de las demás disposiciones que hemos estudiado más arriba y que, en definitiva, remontaba al derecho justiniano.

5. Un estudio sobre la aplicación práctica del *ral*, en Castilla e Indias, que yo sepa, no existe y debemos deplorar su ausencia, pues fuera muy interesante determinar hasta qué punto los jueces usaron de la institución en la realidad.

Con todo, yo me atrevo a formular algunas reservas sobre este uso práctico, al menos por lo que respecta al ámbito del derecho privado.

a) En primer lugar, cabe analizar qué actitud tomaron los juristas frente a las disposiciones legales que establecían el monopolio interpretativo y colmador de lagunas en favor del rey, y la obligación a los jueces de consultarle en caso de dudas o lagunas.

<sup>16</sup> Rec. Ind. 2.1.2.

<sup>17</sup> AYALA, J., *Notas a la Recopilación de Indias* ad 2.1.1 no'a 2ª (ed. MANZANO, J., Madrid 1946), t. 2, p. 9.

Fue doctrina originada en los primeros glosadores, como Martino y sus sucesores, de donde fue recogida por la *Glossa* acursiana y en seguida adoptada por los comentaristas para pasar finalmente al derecho moderno, la de distinguir tres tipos de interpretación legal: necesaria y general, necesaria pero no general y ni necesaria ni general<sup>18</sup>. El carácter necesario de la interpretación guardaba relación con su obligatoriedad e indiscutibilidad; y el carácter general, con el ámbito de casos a los que se aplicaba. De este modo, la interpretación necesaria y general era obligatoria para todos los casos; la necesaria, pero no general, sólo obligatoria para el caso particular a que se refería; y la no necesaria ni general, ni era obligatoria ni válida para todos los casos. En consecuencia, la primera consistía en la practicada por el legislador, la segunda, por el juez y la tercera, por los doctores. Estas distinciones surgieron para aclarar el sentido de los textos del *Corpus Iuris* que reservaban sólo al emperador-legislador la interpretación de las leyes: los juristas concordaron en que cuando dichos textos hablaban de interpretación como función privativa del príncipe, en realidad estaban aludiendo a la interpretación general y necesaria, pero no a las restantes y, por tanto, lo que dichos textos decían era que sólo al emperador correspondía interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio, de modo que ni el juez ni los doctores podían pretender iguales atributos para sus propias interpretaciones; éstas eran únicamente, o bien obligatorias para la causa en que se pronunciaren, en el caso de la interpretación judicial; o bien meramente probables y por tanto discutibles, en el caso de la formulada por los doctores. Pero tales textos justinianos en ningún caso habían querido excluir estas dos últimas clases de hermenéutica legal.

De este modo, pues, pese a la terminante letra de dichos textos, los juristas se las ingeniaron para superar la doctrina del monopolio interpretativo del príncipe y asegurar la posibilidad de explanación legal por parte de jueces y doctores.

<sup>18</sup> Sobre el tema: MEIJERS, E.M., *Le conflict entre l'équité et la loi chez les premiers glossateurs*, en *Tijdschrift v. Rechtsgesch.* 17 (1941), p. 177 ss.; BOULET-SAUTEL, M., *Equité, justice et droit chez les Glossateurs du XII siècle*, en *Recueil de Mémoires et Travaux publiés par la Société d'Histoire du Droit et des Institutions des Anciens Pays de Droit Ecrit* 2 (1951), p. 1 ss.; NICOLINI, U., *Il principio de legalità nelle democrazie italiane. Legislazione e dottrina politico-giuridica dell'età comunale*<sup>2</sup> (Padova 1955), p. 210 ss.; PIANO-MORTARI, V., *Ricerche sulla teoria dell'interpretazione del diritto nell' sec. XVI, I: Le premesse* (Milano 1956), p. 39 ss.; CORTESE, E., *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico* (Milano 1964), t. 2, p. 365, n. 4.

b) Algo similar sucedió con la doctrina justiniana relativa a las lagunas legales: también varios textos del *Corpus Iuris* reservaban al emperador el colmarlos mediante leyes nuevas reguladoras de los *nova negotia*, de donde la obligación de consultarle cada vez que se presentara uno de tales negocios. Pero una tradición que remontaba a Juan Basiano<sup>19</sup> y recibida asimismo por la *Glossa* y los comentaristas, consideró que la consulta al emperador en caso de laguna legal era necesaria tan sólo si el emperador se hallaba presente en el litigio a propósito del cual se había aquélla presentado; en caso contrario debía procederse por el juez a llenar la laguna mediante la analogía. En la práctica, esta solución implicaba dejar de lado el *ral.*, pues aunque la tradición medieval del rey-juez podía concordar con aquélla, de hecho la multiplicación de las judicaturas hacía imposible su aplicación práctica, al jamás encontrarse al rey presente en cada juicio.

c) El segundo factor que debe considerarse para un diagnóstico enderezado en torno a la aplicación práctica del *ral.* guarda relación con el carácter del sistema de fuentes usado durante las épocas medieval y moderna. Sabido es que una nota sobresaliente de aquél fue el de la pluralidad de fuentes: se presentaba ciertamente la ley, pero era necesario distinguir entre la ley nacional y la ley justiniana, o sea, el *Corpus Iuris*; amén de aquéllas hallábase la costumbre, y en seguida la doctrina de los doctores, tanto de derecho común como de derecho nacional; finalmente, la equidad y el derecho natural. Por lo demás, reconocíase una serie de instrumentos técnicos que tenían asimismo el carácter de fuentes: entre ellos, principalmente, la analogía y los principios generales del derecho. En la práctica, pues, un juez medieval y moderno nunca se enfrentaba directamente con las leyes sino con la doctrina sobre tales leyes elaborada por los juristas; y, en especial, el juez nacional, que en primer término debía aplicar las leyes de su país, siempre tenía el recurso al derecho común a la luz del cual interpretar y colmar dichas leyes. Todo esto implicaba una lejana posibilidad de verdadera oscuridad y de lagunas legales, que si realmente existían, bien podían ser solucionadas recurriendo precisamente a la doctrina de los doctores, cuando no directamente, por medio de la equidad, la analogía o los principios generales del derecho. Esta realidad, nos parece, haría bastante difícil el funcionamiento del *ral.*

<sup>19</sup> CORTESI, E., *La norma* (n. 18), p. 375 y n. 24.

6. Ahora bien, habiendo sido las condiciones últimamente descritas las propias del derecho castellano y del indiano, la conclusión precedente es ya de inmediato aplicable a esos derechos: la pluralidad de fuentes, también signo de ambos, en consecuencia, debió de haber generado dificultades entorpecedoras del funcionamiento del *ral*. Esto por lo que toca al segundo factor que hemos considerado.

Por cuanto respecta al primero, o sea, al modo en que los juristas entendieron las normas justinianeas sobre el monopolio interpretativo y colmador de lagunas en favor del emperador, nada tiene de extraordinario que también los juristas castellanos se hubieran enfrentado al modo del derecho común con las normas reales que establecían un monopolio similar en favor del rey. Basten algunos ejemplos.

Díaz de Montalvo, glosando FR. 1, 7, 1, ya antes estudiado, después de repetir varias veces que en caso de dudas o lagunas debía recurrirse al rey, terminaba declarando: "Pero, supuesto de no hallarse el legislador, los jueces deben determinar los casos dudosos por el espíritu y las razones de las leyes"<sup>20</sup>. En otras palabras, para Montalvo, la consulta al legislador sólo era procedente en caso de una presencia del rey.

En la glosa de Gregorio López a Part. 1, 1, 14<sup>21</sup>, por su lado, viene expuesta la distinción del derecho común entre interpretación general y necesaria, necesaria y no general y ni necesaria ni general, y ahí se afirma expresamente que, pese a la letra de los textos romanos (y de los de las *Partidas*), el juez podía practicar la segunda de estas clases de interpretación. López dice, además, que la consulta al rey sólo procedía si el juez no sabía qué hacer después de haber consultado la costumbre, la posibilidad de encontrar una interpretación benigna y la analogía; o sea, mantenía el *ral*., pero como último recurso, cuando aparecía imposible del todo solucionar el problema.

Consideramos también la doctrina de Antonio Gómez expuesta en su comentario a las leyes de Toro<sup>22</sup>. Para tal autor, el recurso al rey en caso de ley deficiente, era procedente únicamente cuando no podía aplicarse una costumbre, la razón natural, la opinión común de los autores ni la analogía. Lo mismo que López, pues,

<sup>20</sup> DÍAZ DE MONTALVO, A., *El fuero real de España ... glosado por ...* gl. *decir al rey* ad FR. 1.7.1 (Madrid 1781), t. 1, p. 84.

<sup>21</sup> LÓPEZ, C., gl. *por aquel que las hizo* ad Part. 1.1.14.

<sup>22</sup> GÓMEZ, A., *Ad leges Tauri commentarium*, ad leg. primam, párr. 9 (Madrid 1794), p. 6.

Gómez interponía entre la ley y el recurso al soberano una serie de mecanismos intermedios, que en la práctica estaban destinados a transformar en inoperante dicho recurso.

En último término analicemos la postura de un jurista indiano, como Juan del Corral Calvo de la Torre<sup>23</sup>. En el libro II de su comentario a la *Recopilación de Indias*, estudiaba aquél el orden de prelación de fuentes aplicables en dichas tierras sobre la base de una ley recogida en RI. 2, 1, 1, y de la I de Toro; una vez agotado cada uno de los distintos grados de que se componía ese orden, se situaba Del Corral en el caso de deficiencia total de ley aplicable y, en vez de recordar lo dispuesto por la parte final de la ley I de Toro, que, como vimos, establecía el *ral.*, Del Corral indicaba expresamente que cabía recurrir al derecho romano, a la *Glossa* de Acursio, a la opinión común de los doctores y a la analogía; de la consulta al rey no decía palabra alguna.

De este modo, pues, tanto las condiciones del derecho moderno caracterizado por su pluralismo de fuentes de diversa naturaleza, como la actitud de los juristas renuentes a reconocer el *ral.* y proclives a limitarlo y aun a postergarlo, cuando no a cancelarlo, hacen dudar que él hubiera tenido una efectiva y real aplicación práctica en Castilla e Indias.

### III. EL «REFERIMIENTO AL LEGISLADOR» EN EL DERECHO NACIONAL CHILENO

El Estado chileno sucesor de la monarquía, que surgió como consecuencia de las guerras de independencia, dejó subsistente el derecho castellano e indiano vigente al momento de la separación; pero, al mismo tiempo, le introdujo las reformas que entonces se creyeron necesarias para ponerlo en consonancia con los tiempos nuevos. Inicialmente en donde más notóse el espíritu reformista fue en el ámbito del derecho público y constitucional específicamente.

1. La constitución política de 1818 estableció en su título 2, cap. 3, art. 7 lo siguiente: *En los casos particulares que ocurran sobre la inteligencia de lo ya establecido o que nuevamente se estableciere, o defecto de prevención en cualquier estatuto, reglamento,*

<sup>23</sup> DEL CORRAL, J., *Commentaria in libros Rec. Ind.* ad 2.1.1,2,34 (Madrid 1756), t. 3-4, p. 23.

*etc., que el Senado diese, resolverá él por sí solo las dudas, sin las consultas de que habla el artículo antecedente*<sup>24</sup>.

Antes de entrar en el análisis del fondo de esta disposición, aclaremos brevemente el sentido de la remisión que hacía esta norma al "*artículo antecedente*", esto es, al art. 6 del mismo capítulo y título. Dicho artículo ordenaba que toda nueva regulación que formara el senado debía consultarla con el director supremo. En consecuencia, el art. 7 en su parte final venía a establecer una excepción a esta regla general del art. 6 y facultaba al senado para prescindir de la consulta con aquel magistrado en el caso a que él mismo se refería. Vamos ahora a la sustancia de la norma del art. 7.

Dicha disposición, en consecuencia, reservaba exclusivamente al senado y por sí solo, la resolución de las dudas suscitadas sobre la inteligencia de "*lo establecido*" o de lo que "*nuevamente se estableciese*"; en otras palabras, del derecho vigente y del derecho que se pusiese en vigencia en el futuro; también le reservaba en la misma forma la resolución de las dudas "*en defecto de prevención de cualquier estatuto, reglamento, etc. que el senado diese*", esto es, le reservaba el colmar las lagunas, pero únicamente limitadas a las que se observaren en la legislación emanada del propio senado sin hacer extensiva la facultad a la legislación no emanada de él. Con estas limitaciones, pues, el art. 7 establecía una suerte de competencia exclusiva en favor del senado para interpretar leyes y llenar sus lagunas.

Ciertamente dicho artículo no incluía un mandato a los jueces de consultar al senado las dudas sobre interpretación o lagunas que se les hubieran presentado con ocasión de los litigios de que conocían; ni sabemos si tal fue la intención de los constituyentes de 1818; pero puede sostenerse que la generalidad de la norma y su referencia a "*los casos particulares*" que ocurrieren sobre la inteligencia de las leyes o sobre sus lagunas, parece dar a entender que tales casos también podrían haber sido los judiciales, amén, por supuesto, de otros, como los meramente administrativos. Ocurrido, pues, un caso particular de duda o laguna ante un juez, pareciera, en consecuencia, que la única manera de dar cumplimiento a la disposición del art. 7 hubiera tenido que ser la de que tal juez elevara al senado el caso para que él resolviera.

Una referencia explícita a los jueces y a una necesidad de consultar por su parte al senado, se encontraba, en cambio, en el

<sup>24</sup> Ed. VALENCIA, L., *Anales de la república* (Santiago 1951), t. 1, p. 58.

art. 2, del cap. 1, del tít. 5 de la constitución de 1818. Establecía dicha disposición: *Integridad, amor a la justicia, desinterés, literatura y prudencia deben ser las cualidades características de los miembros del Poder Judicial, quienes ínterin se verifica la reunión del Congreso, juzgarán todas las causas por las leyes, cédulas y pragmáticas que hasta aquí han regido, a excepción de las que pugnan con el actual sistema liberal de Gobierno. En este caso consultarán con el Senado, que proveerá de remedio*<sup>25</sup>.

Esta disposición venía a confirmar la vigencia del antiguo derecho castellano-indiano en Chile, al mandar a los jueces juzgar según las normas *“que hasta aquí han regido”*. Pero, al mismo tiempo, fulminaba una suerte de derogación contra las mismas que pugnarán con el *“sistema liberal de gobierno”*, desde el momento en que exceptuaba a los jueces de su obligación de fallar según las mismas. Técnicamente esto implicaba la creación de lagunas en el ordenamiento jurídico y podría suscitar una multitud de dudas a los tribunales. Ante ello, la disposición del art. 2 prescribía a éstos una consulta con el senado, para que él proveyera un remedio, es decir, emitiera una norma destinada a resolver la cuestión. Es evidente, pues, que nos encontramos aquí ante un caso muy nítido de *ral*.

2. La constitución de 1822 estableció unas bases más generales y explícitas del *ral*. Por un lado, su art. 47 N° 32 entregaba al congreso la facultad de: *Interpretar, adicionar (derogar, proponer y decretar) las leyes en caso necesario*<sup>26</sup>; por otro, su art. 166 N° 9 establecía como atribución del tribunal supremo de justicia, la de *oír las dudas sobre la inteligencia de la ley para consultarlas al Supremo Poder Legislativo*<sup>27</sup>.

Ambas disposiciones eran muy congruentes: la segunda otorgaba competencia al supremo tribunal para oír cuestiones sobre inteligencia legal. Al mismo tiempo, obligaba a dicho tribunal a consultar tales cuestiones con el congreso, de modo que quien las resolvía era este último y no el tribunal. Ello, porque precisamente el art. 47 N° 32 reservaba al congreso la interpretación y la adición de las leyes. Todo lo anterior implicaba, pues, que si la resolución de las mencionadas cuestiones correspondía al congreso previa audiencia de las mismas por parte del tribunal supremo

<sup>25</sup> Ed. VALENCIA (n. 24), p. 65.

<sup>26</sup> Ed. VALENCIA (n. 24), p. 77.

<sup>27</sup> Ed. VALENCIA (n. 24), p. 87.

y consulta suya al congreso, tal resolución quedaba sustraída a los jueces inferiores, de modo que, presentándoseles a ellos una duda, necesariamente debían elevar el problema al Tribunal Supremo para en seguida observarse el trámite descrito en los artículos citados. Esta era la única manera de dar cumplimiento a dichos artículos. En otras palabras, ellos suponían el *ral.*

3. La constitución de 1823 modificó el texto de su predecesora. El art. 149 N° 2 de aquélla entregaba competencia en única instancia a la suprema corte para conocer en *las dudas sobre la inteligencia de una ley para consultar al Senado, proponiendo su dictamen*<sup>28</sup>. Una norma análoga a la del art. 47 N° 32 de la constitución de 1822 sobre atribución del poder legislativo para interpretar y adicionar las leyes, no se contemplaba en la de 1823. Pero ello carece de importancia, porque la antes transcrita resultaba suficiente para asegurar en dicho poder, propiamente, en el senado, la resolución de las dudas, desde el momento en que esa norma ordenaba a la suprema corte consultarle sobre las mismas, después de haberlas oído. La única diferencia con el texto de 1822 radicaba en que el de 1823 se refería a la proposición de dictamen que debía formular la corte conjuntamente con su consulta, lo cual resultaba muy natural, pues no se entiende con qué objetivo debía ella oír la cuestión si no hubiera sido precisamente para emitir un parecer, que luego sirviera de base a la resolución final del senado.

En el resto, las consecuencias que debían seguirse de estas atribuciones de la corte y del senado para los jueces inferiores, tenían que ser las mismas que aquellas que hemos extraído en relación con las disposiciones de la constitución de 1822, a saber, que ellas suponían el *ral.*, o sea, la obligación de dichos jueces de elevar a la corte suprema las cuestiones sobre dudas legales.

4. Es evidente que el *ral.* instituido por las constituciones de 1822 y 1823 recibió una influencia directa de la constitución española de 1812, que en su art. 261 N° 10 contenía una disposición cuyo cotejo con los arts. 166 N° 9 y 140 N° 2 de las dos chilenas citadas, respectivamente, muestra de inmediato dicha influencia. La gran diferencia de fondo que se observa entre el texto español y los chilenos, sin embargo, radica en que estos últimos eliminaron una referencia expresa a las dudas "*de los demás tribunales*" conteni-

<sup>28</sup> Ed. VALENCIA (n. 24), p. 122.

da en la constitución de Cádiz, de modo que la redacción nacional resultó más amplia que la peninsular. Las demás diferencias eran obvias, pues los textos chilenos suprimieron el trámite de la consulta al rey que en el texto gaditano aparecía como intermedio entre la audiencia del tribunal supremo y la declaración de las cortes. El trámite equivalente, que hubiera sido la consulta al director supremo, pues, no figuró y el procedimiento quedó organizado más simplemente sobre la base de la audiencia del tribunal supremo y la consulta al órgano legislativo. En 1823, además, se atribuyó a la suprema corte la facultad de proponer al senado un dictamen sobre la duda, que no aparecía en la de 1822; en la de Cádiz, en cambio, el tribunal supremo debía limitarse a adjuntar "*los fundamentos que hubiere*" al consultar la duda al rey. De este modo, pues, en las dos constituciones chilenas no se siguió directamente la tradición medieval y moderna del *Ordenamiento de Alcalá*, de las *Leyes de Toro* y de los demás cuerpos castellanos que en su momento analizamos, sino la contemporánea de Cádiz aun cuando de esta última sí había recogido aquella tradición modificada por los principios liberales.

5. Derogada la constitución de 1823<sup>29</sup>, el congreso ordenó observar "*el orden actualmente existente*" por lo concerniente a las bases, organización y administración de la república, especialmente en lo relativo al orden judicial, según se dice en las motivaciones del acuerdo<sup>30</sup>; ello implicaba dejar en vigencia lo dispuesto por el art. 149 N° 2 de la constitución de 1823. La de 1828 no reguló el tema de la interpretación auténtica ni de la consulta de los jueces sobre interpretación y lagunas legales; pero su art. 96 N° 9 aún reconocía a la corte suprema la atribución de conocer en *los demás recursos de que actualmente conoce en el entretanto se reforma el sistema de administración de justicia*<sup>31</sup>. Tampoco la constitución de 1833 reguló dichas materias, pero nuevamente su art. 3° transitorio dispuso mantener "*el actual orden de administración de justicia*"<sup>32</sup> mientras no se dictare la ley de organización de tribunales y juzgados. De este modo, asentado definitivamente el régimen político chileno sobre la base de una constitución duradera, continuaba en vigencia la atribución que el art. 149 N° 2

<sup>29</sup> *Sesiones de los cuerpos legislativos de la república de Chile* (ed. LETELLIER, Santiago 1890), t. 10, p. 190.

<sup>30</sup> *Sesiones* (n. 29), t. 10, p. 222.

<sup>31</sup> Ed. VALENCIA (n. 24), p. 153.

<sup>32</sup> Ed. VALENCIA (n. 24), p. 184.

de la constitución de 1823 había entregado a la suprema corte y al senado, aun cuando sobre la base de que la constitución de 1833, a diferencia de la de 1823, había organizado el órgano legislador en dos cámaras, de las cuales el Senado era una sola.

6. Este régimen, sin embargo, fue modificado por la ley de 1° de febrero de 1837, sobre organización y atribuciones de los ministerios, que en su art. 3° N° 4, dispuso lo siguiente, *El ministerio de justicia abraza este ramo, el de culto y el de instrucción pública. Corresponde a su despacho N° 4: Las consultas de los tribunales sobre interpretación, reforma, derogación de las leyes existentes o formación de otras*<sup>33</sup>. La citada disposición, en consecuencia, sustrajo al senado, como lo establecía la constitución de 1823, o al congreso, de acuerdo con la de 1833, su competencia para intervenir en materia de interpretación de leyes, trasladándola al ministerio de justicia, culto e instrucción pública; lo mismo cabe decir a propósito de la intervención que cabía a la corte suprema de acuerdo con la primera constitución antes citada. En el fondo, ello equivalía trasladar tal competencia al presidente de la república, ya que el ministerio era un órgano de dicho magistrado.

7. Poco después presentóse la ocasión de aplicar la norma del art. 3° n° 4 de la ley de 1° de febrero de 1837. Como es sabido, el 2 de febrero de 1837 se dictó la ley sobre fundamentación de las sentencias, ante la cual, la corte suprema, con fecha 11 del mismo mes, dirigió al ministerio del interior, que por no haber sido organizado aún el nuevo ministerio de justicia, culto e instrucción pública, todavía conservaba su antiguo despacho de justicia, una consulta en que presentaba doce puntos relativos a ciertas dudas en que había incurrido la corte a propósito de la mencionada ley sobre fundamentación de sentencias. El ministro del interior, Diego Portales, trasladó el asunto al fiscal de la corte suprema, Mariano Egaña, quien emitió un dictamen de respuesta a los puntos de consulta de la corte, el cual dictamen fue sancionado con fuerza de ley el 1° de marzo de 1837, como una suerte de segunda ley sobre motivación de los fallos judiciales<sup>34</sup>.

El primer punto de la consulta de la corte suprema rezaba así: *Cómo se fundarán* (sc. las sentencias) *cuando no hay ley que resuelva el caso controvertido*. El fiscal Egaña dio a tal punto la

<sup>33</sup> *Boletín de las leyes i de las ordenes y decretos del gobierno* 7 (1837) 6, p. 76 ss.

<sup>34</sup> *Boletín* 7 (1837) 7, p. 89 ss.

siguiente respuesta: ...*se fundarán* (sc. las sentencias) *expresando las mismas razones que han movido a los jueces a pronunciarlas, que sin duda no pueden ser otras que las máximas o disposiciones generales o particulares, propias o análogas de las leyes. 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, estos casos que seguramente no son nuevos, ni originados de la ley de 2 de febrero, están provistos por la ley 11, tit. 22, Part. 3 y la 3, tit. 2, lib. 3 Nov. Recop. y debe hacerse lo que en ella se ordena.* De acuerdo con esta respuesta, pues, que, según antes se dijo, recibió fuerza de ley, los jueces chilenos, a falta de ley o de principio deducido de las leyes por donde juzgar, o frente a principios que ofrecieran *en su interpretación duda racional y fundada*, debían dar cumplimiento a lo dispuesto por Part. 3.22.11 y Nov. Rec. 3.2.3.

La primera disposición ya antes fue comentada y, según se recordará, establecía el procedimiento de consulta al rey en caso de dudar el juez acerca de la manera de emitir su juicio en razón de las pruebas o de los derechos de las partes. La segunda de las disposiciones citadas por la respuesta recogía la ley I de Toro, a que también aludimos antes, la cual establecía la obligatoriedad de consultar al rey en el caso de laguna legal. Con esta segunda ley sobre fundamentación de sentencias, pues, el derecho chileno volvía a su punto de partida: a la tradición medieval y moderna del derecho castellano, aun cuando bien podía entenderse que no existía incompatibilidad entre lo señalado por las *Partidas* y la ley I de Toro, por un lado, y el art. 3 n° 4 de la ley de 1° de febrero de 1837, porque en definitiva dicho artículo sólo establecía el órgano competente para intervenir en el *ral*. interpretativo y resultaba evidente que en el Chile independiente y republicano, el rey al que se referían las leyes castellanas, ya no podía ser más la instancia de consulta. Quitada la figura del rey, propiamente hablando había perfecta armonía entre las citadas leyes castellanas y el art. 3 n° 4 de la ley de 1° de febrero de 1837. De todos modos, resulta muy extraño que Egaña no hubiera citado a ésta última en su respuesta.

8. Una disposición poco posterior a la segunda ley sobre fundamentación de sentencias, contenida en la de 25 de septiembre de 1837<sup>35</sup>, volvió a dar por supuesta la institución y vigencia del *ral*.

<sup>35</sup> *Boletín* 7 (1837) 11, p. 190.

El art. 1 de la mencionada ley describía el crimen de denegación de justicia y entre otras conductas constitutivas del mismo incluía la de suspender el juez su fallo *a pretexto de que la disposición clara de una ley necesita de interpretación de la autoridad legislativa; o suponiendo falsamente que no existe ley aplicable al caso que ha de juzgarse.*

De más está decir que esta ley no penaba en sí la consulta sobre interpretación o laguna dirigida a la autoridad legislativa, esto es, no declaraba ilícito ni abrogaba el *ral.* Lo que ella sancionaba era una consulta infundada, cuando la ley sobre la cual el tribunal pedía una interpretación en realidad era clara, o bien cuando la laguna que él mismo solicitaba cubrir, en verdad no existía.

La ley de 25 de septiembre de 1837, en consecuencia, volvió a confirmar indirectamente el *ral.*, desde el momento en que sancionaba su mal uso. Pero es digno de notarse que el texto de esta disposición reformaba el art. 149 N° 2 de la constitución de 1823, que entregaba al senado la solución de las dudas sobre inteligencia legal. El art. 1 de aquélla, en efecto, suponía que era la *autoridad legislativa* la encargada de interpretar las leyes y de acuerdo con la constitución de 1833, la autoridad legislativa radicaba en el congreso nacional, pues su art. 13 disponía: *El poder legislativo reside en el congreso nacional compuesto de dos cámaras, la de diputados y la de senadores.*

9. Este orden de cosas subsistió hasta 1851, en que se dictó la ley sobre acuerdos y fundamentación de sentencias, el 12 de septiembre de ese año<sup>36</sup>. Su art. 3 N° 3, disponía lo siguiente: *Toda sentencia definitiva o interlocutoria de primera instancia y las revocatorias de las de otro tribunal o juzgado, contendrán, N° 3: Los hechos y 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 sirven de fundamento a la sentencia.* Esta norma venía a establecer un verdadero orden de prelación de fuentes: según ella, las sentencias debían fundarse primeramente en las leyes; en su defecto, en las costumbres con fuerza de ley; y a falta de éstas, en razones de equidad natural. Con ello técnicamente el *ral.* quedaba abolido por lo referente a las lagunas legales. Estas podían existir en las leyes, pero en tal caso quedaban suplidas por las costumbres y si fallaban ambas, la equidad natural

<sup>36</sup> *Boletín* 19 (1851) 9, p. 522.

actuaba como fuente última. Ahora bien, por definición, la equidad carece de lagunas, de modo que, en último término, todo defecto en el ordenamiento positivo siempre habría de encontrar una solución en aquélla.

10. El paso final lo dio el *Código Civil*. El art. 3, inc. 1 de dicho cuerpo legal estableció el principio de la interpretación auténtica en términos que no dejaban dudas acerca de su intención de no excluir otro tipo de interpretaciones: *Sólo toca al legislador explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio*. El núcleo de esta disposición se encuentra en su parte final: *modo generalmente obligatorio*, que alude a la interpretación necesaria y general del derecho común, que los juristas antiguos reservaban al emperador o al rey. Quedaba fuera del monopolio hermenéutico del legislador, en consecuencia, la interpretación necesaria, pero no general, propia del juez, a que el código aludió en el inc. 2 de su art. 3: *Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria, sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren*<sup>37</sup>. Por lo demás, la idea implícita en dicho inciso, de que los jueces podían interpretar las leyes con carácter obligatorio, si bien sólo para el caso particular, quedó confirmada en el párrafo 4 del título preliminar del código, arts. 19 ss., dedicados precisamente al tema de la interpretación de la ley, pues es claro que las reglas contenidas en dicho párrafo están dirigidas al juez y no al legislador, lo cual supone la competencia de aquellos en torno a tal materia.

Finalmente, el art. 24 del código, al establecer que en caso de no poderse aplicar las reglas hermenéuticas contenidas en los artículos anteriores, debían interpretarse los pasajes oscuros o contradictorios del modo *que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural*, volvió a practicar respecto de las dudas sobre inteligencia legal la misma operación que la ley de 12 de septiembre de 1851 había practicado respecto de las

<sup>37</sup> En el examen que la Comisión Revisora del *Proyecto de Código Civil de 1853* hizo a su art. 8, correspondiente al futuro art. 3 del código mismo, se dijo que el inc. 2 (relativo al valor de las sentencias) *era una explicación del primero* (concerniente a la interpretación auténtica): el acta de la reunión de dicho cuerpo en GUZMÁN, A., *Algunas actas de sesiones de la Comisión Revisora del Proyecto de Código Civil de 1853*, doc. III, b, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 5 (1980), p. 417.

En el art. 11 del *Título preliminar* del llamado *Proyecto de Código Civil de 1841-1845* se decía expresamente: *Los jueces pueden interpretar las leyes en cuanto aplicables al caso especial sometido a su conocimiento. ... les es prohibido dictar en su fallo disposiciones generales*.

lagunas: a saber, que como siempre cabe esperar una respuesta de la equidad natural acerca de una duda de interpretación, el juez, en último término, siempre podría hallar una solución en esa fuente. Con ello el *ral.* interpretativo también quedaba abolido<sup>38</sup>.

11. Complemento de todo lo anterior fue lo dispuesto por el art. 5 del código: *La corte suprema de justicia y las cortes de alzada, en el mes de marzo de cada año, darán cuenta al presidente de la república de las dudas y dificultades que les hayan ocurrido en la inteligencia y aplicación de las leyes, y de los vacíos que noten en ellas.* Este artículo, quizá fundado en Nov. Rec. 3.2.7., fue el instrumento con que se sustituyó el *ral.* ya técnicamente abolido en 1851 y en 1855. Para fallar en presencia de ley oscura o lacunosa, los jueces no necesitaban acudir al legislador en demanda de interpretación o de ley nueva: en último término debían fallar según equidad. Pero, al mismo tiempo, el art. 5 citado imponía a los tribunales superiores la obligación de dar cuenta anual de los casos concretos de dudas o lagunas, al presidente de la república, con lo cual se perseguía promover la aplicación del art. 3 del código, que establecía el principio de la interpretación auténtica por el legislador. Quedaba claro, sin embargo, que estas cuentas de los tribunales de justicia eran a posteriori de los casos en que se habían originado las dudas y dificultades, puesto que eran anuales y que las leyes interpretativas o colmadoras de lagunas no podían afectar a los casos ya decididos por los tribunales, pues dichas leyes debían ser siempre generales.

12. Disposiciones posteriores reforzaron los nuevos principios alcanzados en 1851 y en 1855. La ley de organización y atribuciones de los tribunales, de 15 de octubre de 1875, estableció el principio de la inexcusabilidad en su art. 9, inc. 2: *Reclamada su intervención (sc. de los tribunales) en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad ni aun por falta de ley que resuelva la contienda sometida a su decisión.* De acuerdo con tal norma, resultaba claro que un juez que se negara a fallar o retardara su fallo, en espera de que el legislador aclarara la ley aplicable, pero dudosa o llenara una laguna, se estaba negando a ejercer su ministerio; con ello la norma

<sup>38</sup> Es de hacer notar que el art. 4 del *Proyecto de Código Civil de 1853*, suprimido por su Comisión Revisora (vid. GUZMÁN, n. 36, doc. IV), establecía, además, un recurso final a la equidad natural para el caso de lagunas en la ley.

tácitamente partía de la base de que el juez no podía, no ya abusar del *ral.*, que era lo único sancionado por la ley de 25 de septiembre de 1837, que describió el crimen de denegación de justicia, sino que incluso no podía ni usarlo siquiera.

El *Código Penal* de 1874, por su parte, ya había sancionado como delito el simple hecho de negar la administración de justicia. Finalmente, el art. 193 N° 5 del *Código de Procedimiento Civil* de 1902, reafirmó el principio establecido por el art. 3 N° 3 de la ley de 12 de septiembre de 1851, en cuanto ordenó, siguiendo a aquélla, que las sentencias debían contener: *La enunciación de las leyes, y en su defecto, de los principios de equidad con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo*, con lo cual los jueces, en defecto de norma o en caso de duda sobre su inteligencia, siempre podrían encontrar solución en esa fuente ilimitada que es la equidad.

#### IV. UN CASO PRÁCTICO DE USO DEL “REFERIMIENTO AL LEGISLADOR” DURANTE LA REPÚBLICA

1. La posibilidad ya antes apuntada, de que mientras se mantuvo en Chile el gobierno de la monarquía no se hubiera hecho uso efectivo del *ral.*, debido a otros instrumentos proporcionados por el antiguo derecho, que venían en la práctica a sustituirlo, perdió su fundamento una vez fenecido dicho gobierno. El estado sucesor de la monarquía, bien que se haya visto obligado a conservar en su vigencia el ordenamiento jurídico proveniente de la época indiana, concibió desde el primer momento el designio de reemplazarlo por otro de nuevo cuño en su fondo y en su forma. Este designio únicamente pudo cumplirse de modo paulatino; pero el derecho patrio que fuese sucesivamente generando a partir de la separación de hecho primero, y de derecho y definitiva después, careció de los sustentos de que disponía el antiguo derecho, cuya autosuficiencia convertía en innecesaria la práctica del *ral.* El derecho patrio fue un derecho nuevo que generalmente contradecía, cuando no derogaba expresamente al antiguo; y ello fue bastante como para abrir la posibilidad de lagunas reales y no ya meramente aparentes, por un lado, y de dificultades insalvables de interpretación en las leyes, por otro, nada de lo cual podía en principio superarse de acuerdo con los métodos tradicionales, precisamente porque se trataba de un derecho nuevo, sin antecedentes y sin precedentes a los cuales acudir. Por otro lado, la reiteración del *ral.* que hicieron sucesivas constituciones y leyes de la república deter-

minaron una suerte de conciencia más efectiva de la institución, que entonces dejó de ser una posibilidad remotísima y algo teórica. Todo esto debió de contribuir a que el *ral.* republicano haya recibido una efectiva aplicación.

En efecto, del examen de las actas de sesiones de los diversos cuerpos legisladores de la república fluye que las normas constitucionales que encargaban a dichos cuerpos la interpretación auténtica de las leyes obtuvieron una aplicación bastante dilatada. En algunos casos el ejercicio de tal facultad fue motivado por consultas del tribunal supremo a propósito de litigios pendientes; y en dichos casos, en consecuencia, lo que en realidad operaba era precisamente el referimiento al legislador, también establecido por varias disposiciones constitucionales y legales, como vimos en su momento. A continuación presentaremos un ejemplo <sup>39</sup>.

2. Con fecha 19 de septiembre de 1820, la comisión que hacía las veces del supremo tribunal judicial establecido por la constitución de 1818, envió un oficio al senado, mediante el cual exponía la siguiente cuestión: en una causa seguida entre doña María Olivos y don Pablo Solís, la primera había interpuesto ante la mencionada comisión, sustitutiva del supremo tribunal, un recurso de injusticia notoria en contra de la sentencia de segunda instancia, en el mes de marzo de 1818. La vista del recurso se había retrasado a consecuencia del cumplimiento de diversas diligencias decretadas de oficio por la comisión; y llegado el momento de fallarlo, aquélla se encontró con que, si bien la cuantía del litigio había permitido la interposición y admisión del recurso de acuerdo con la legislación vigente en el momento en que éste fue efectivamente interpuesto, o sea, en marzo de 1818, un reglamento del senado dictado con posterioridad, en 1820 <sup>40</sup>, dotado de efecto retroactivo, había señalado una cuantía superior como requisito de interposición, a la cual la del litigio no alcanzaba. Si la comisión no hubiese ordenado las diligencias que ordenó, el recurso se hubiera visto y fallado antes de la nueva regulación del senado, de modo que la mayor cuantía que para su interposición exigía aquélla no lo hubiera afectado; el retraso en la vista y fallo fue el que determinó que la tramitación del recurso hubiera llegado a caer bajo el imperio retroactivo de las normas del senado, en virtud de las cuales la comisión se veía ahora en la obligación de declarar

<sup>39</sup> *Sesiones* (n. 29), t. 4, p. 357 con todos sus antecedentes.

<sup>40</sup> Su texto en *Sesiones* (n. 29), t. 4, p. 255.

improcedente el recurso. La comisión señalaba en su oficio que ella no tenía inconvenientes en declarar que la ley del senado no era extensiva a ese caso particular que había reseñado, pero que, por corresponder una tal declaración, precisamente al senado mismo, le formulaba la correspondiente consulta para que él resolviera lo conveniente.

El oficio de la comisión fue conocido por la sala del senado en su sesión del 19 de septiembre de 1820; y en la misma sesión aquélla, considerando que la decisión sobre la procedencia o improcedencia del recurso no podía estar sujeta a las reglas que se habían fijado con generalidad para los recursos de nulidad e injusticia notoria, acordó contestar a la comisión lo siguiente: *... supuesto que desde el año de 1818 está otorgado el recurso y que las diligencias que se han practicado embargaron hasta ahora su resolución, no deben comprenderse en la ley última que designa las cantidades que corresponden a los de injusticia notoria, para que, en su consecuencia, la comisión proceda a conocer y determinar conforme a derecho.* El senado, pues, declaraba que el recurso había continuado siendo admisible y que la comisión podía entrar a fallarlo como correspondiera de acuerdo a derecho. Al día siguiente esta decisión del senado fue comunicada a la comisión.

3. El caso precedentemente descrito sugiere algunas observaciones y comentarios.

Desde luego, él muestra el sentido en que fue entendida la disposición del art. 7, cap. 3, tit. 2 de la constitución de 1818, que encargaba al senado la resolución de las dudas sobre la inteligencia de las leyes. Recordemos que en dicha constitución no se encontraba establecida expresamente la obligación de los jueces de consultar al legislador las cuestiones de interpretación o lagunas en las leyes, pero que la exégesis de la citada disposición conducía a pensar en que tal obligación existía realmente. El caso que ahora analizamos corrobora esa exégesis, pues efectivamente nos encontramos ante una situación en que el tribunal se sintió inhabilitado para resolver por sí mismo, optando por consultar al senado, con expreso reconocimiento de que el asunto era de competencia de este último. En otras palabras, la comisión había hecho uso del referimiento al legislador.

Podría, sin embargo, estimarse que el caso planteado por la comisión, estrictamente, no era ni de interpretación ni de laguna, sino de dispensa al cumplimiento de la ley. El reglamento que el senado había emanado en 1820, en efecto, disponía en su art. 11

que los recursos que se hallaban pendientes y sin resolverse a la fecha de su publicación, deberían juzgarse conforme a sus normas. Parecería, por lo tanto, indiscutible que, si el recurso de injusticia notoria que en 1818 había entablado doña María Olivos se hallaba pendiente y sin resolver en 1820, su juzgamiento debía practicarse según la ley de ese año, de acuerdo con la cual el recurso resultaba inadmisibile, porque la cuantía del litigio era inferior a los tres mil pesos que como cuantía de procedencia señalaba el art. 2 del citado reglamento del senado. Si la comisión sugería no aplicar esta ley, lo que sugería, en consecuencia, era dispensar su aplicación, o sea, derogarla para el caso particular, de modo que referimiento al legislador propiamente tal no habría.

No nos parece, empero, que así haya sido, al menos en el sentir de los jueces consultantes. Es evidente el deseo de éstos de entrar a fallar el recurso y de hacer justicia y clara su conciencia sobre el obstáculo que la ley senatorial de 1820 presentaba a tal deseo. De ahí la duda sobre la aplicabilidad de dicha ley al caso del recurso. Esto es suficiente para configurar el supuesto previsto por el art. 7, cap. 3, tit. 2 de la constitución de 1818, que se refería a *los casos particulares que ocurran sobre la inteligencia de lo ya establecido o que nuevamente se estableciese*. Esta duda estaba amparada, además, en la existencia de un hecho no previsto en la ley senatorial de 1820, a saber, que el retraso en la vista y fallo del recurso se había derivado de unas diligencias decretadas por el tribunal que lo conocía, lo cual permitía fundar la tesis de que esa ley no era *extensiva a este caso particular*, como arguyó la comisión en su oficio al senado. En ese mismo sentido se pronunció este último al fundar su resolución: en que si las diligencias decretadas habían entorpecido la conclusión del recurso, su determinación no podía quedar sujeta a unas reglas fijadas con carácter general en 1820; esta alusión a la generalidad de las normas de ese año implicaba aceptar la especialidad del caso de doña María Olivos y, en consecuencia, su no inclusión en aquéllas.

Fuere como haya sido, y aunque pueda resultar discutible la sugerencia de la comisión y la decisión congruente del senado, lo cierto es que el caso fue presentado por aquélla a éste como una situación de duda acerca de la ley, necesitada de explicación por el órgano legislativo, de modo que lo que en realidad operó en ese caso fue efectivamente un referimiento al legislador.