

© Copyright 2025, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

Apéndice II. La interpretación negativa

Eros Grau

| | |
|-----------------|-----------|
| Autor: | Eros Grau |
| Páginas: | 231-260 |

Id. vLex: VLEX-40954036

Link: <https://app.vlex.com/vid/apendice-ii-interpretacion-negativa-40954036>

Resumen

98. La interpretación negativa. 99. Interpretación del derecho y soberanía. 100. Sigue la interpretación negativa. 101. (Sigue). 102. (Sigue). 103. (Sigue). 104. (Sigue). Anexo.

Contenidos

- 98. La interpretación negativa.
- 99. Interpretación del derecho y soberanía.
- 100. Sigue la interpretación negativa.
- 101. (Sigue).
- 102. (Sigue).
- 103. (Sigue).
- 104. (Sigue).
- Anexo.

Page 231

98. La interpretación negativa

Los fundamentos de la interpretación negativa, que como observa Frosini (1991/103), adquieren un significado particular en la historia del derecho canónico, se remontan al Derecho Romano. Puede leerse en el *Digesto*, al principio, que "*Si enim in praesenti legis condere soli imperatori concessum est, et legis interpretari solo dignum imperio esse oportet [...] tam conditor quam interpres legum solus imperator iuste existimatur*" (C.1, L14, 12, 1) (Si actualmente sólo al Emperador le es permitido establecer las leyes, también la interpretación de las leyes sólo puede ser realizada por su autoridad imperial... sólo el emperador será justamente reconocido como intérprete de las leyes). Y más adelante agrega que la autoridad imperial es la única a la cual "*concessum est leges et condere et interpretari*" (C.1, L17, 21) (le es dado dictar e interpretar las leyes). Sin embargo, el principio de restricción exclusiva de la interpretación no puede conservarse en su forma original absoluta, por la disolución de la unidad del imperio romano y la formación del Sacro Imperio Romano de carácter feudal, durante la Edad Media. De esta manera, la autenticidad interpretativa ya no se atribuye al sujeto jurídico del "imperador" sino a los que se encargaban de sus asuntos, es decir, a los intérpretes oficiales o autorizados de la autoridad imperial. Sobre esto escribió Baldo Degli Ubaldi: *interpretatio legis vel canonis pertinet ad coditorem, sed hoc ditum non est restringendum ad personam sed ad officium* (la interpretación de una ley o de un canon es atribuida al legislador, pero esa afirmación no se limita a la persona, sino que abarca y se refiere a su cargo).⁶⁹

Page 232

Por otra parte, el principio de la interpretación negativa tampoco puede mantenerse en la práctica, ya que toda ley, con el paso del tiempo, debe someterse a las adaptaciones exigidas por la experiencia social y los cambios históricos. Existe un caso famoso y dramático, de interpretación literal obligatoria y de prohibición de todo comentario o adaptación interpretativa: el de las *Regulae* de San Francisco de Asís (la regla *sin sello* de 1221 y la regla *con sello* de 1223). En su *Testamento*, de 1226, dispuso: "ordeno firmemente a todos mis hermanos, clérigos y laicos que, por obediencia, no agreguen explicaciones a la Regla o a estas palabras, pues afirmo que deben ser entendidas de este modo. Por el contrario, deben, simplemente y sin comentarios, limitarse a comprenderlas y observarlas religiosamente hasta el final". Esta disposición, como se sabe, originó una de las controversias religiosas y jurídicas más complicadas de la historia medieval, hasta la intervención de la autoridad imperial de Luis de Baviera, un siglo después (1324).⁷⁰ Esa controversia se volvió muy famosa en

nuestra época, gracias a la reelaboración de algunos de sus elementos en la novela *El nombre de la rosa*, de Umberto Eco.

Posteriormente, al establecerse las monarquías absolutas y formarse los primeros estados nacionales en el continente europeo, reaparecieron, en la cultura jurídica, los principios de la interpretación auténtica⁷¹ y de la interpretación literal, diferentes entre sí pero íntimamente unidos por la afirmación de la superioridad del poder legislativo soberano. Al mismo tiempo, Gran Bretaña abría camino para el primer paso: las leyes y los *statutes* del parlamento eran aplicados al pie de la letra por los jueces, aunque, por una disposición de *common law*, tenían la facultad de hacer derecho por medio de las sentencias. Citemos la transcripción hecha por Gray (1927/102) de las palabras del obispo Hoadly, en un sermón con fecha de 1717: "Whoever hath an *absolute authority* to *interpret* any written or spoken laws, it is *he* who is truly the *Law-giver* to all intents and purposes, and not the person who first wrote or spoke them".

Page 233

99. Interpretación del derecho y soberanía

El hecho es que el paralelismo⁷² que existe entre legislar e interpretar, como afirma Savigny (1886/311), es un problema recurrente del poder (Stolleis 1998/143).

Aunque admitamos la necesidad de que los magistrados decidan ciertos casos de acuerdo con la equidad -porque ella implica la búsqueda de una adecuación de la norma general al caso particular (Bodin 1986vi/ 264)⁷³-, Bodin estaba convencido de que la interpretación del derecho ponía en peligro la soberanía, en la medida en que permitía la sustitución de la voluntad del soberano por la voluntad del intérprete. La primera característica de la soberanía es el poder de imponer leyes y mandar a todos en general y a cada uno en particular, con un poder intransferible (Bodin 1986i/308). Por eso se prohíbe la interpretación siempre que la ley sea clara y expresa, ya que en ese caso el magistrado debe aplicarla mecánicamente, sin agregarle nada, como si tan sólo reprodujera sus palabras. Por lo que respecta a las leyes oscuras, contradictorias, absurdas o intolerables, dice Bodin (1986i/309): "Le Magistrat peut ployer la loy, et l'interprétation d'icelle, soit en douceur soit en rigueur pourveu qu'en la ployant il se garde bien de la casser, encore qu'elle semble fort dure: (...) et si autrement on l'entendoit, il s'ensuivroit qu'un simple Magistrat eust été par dessus les loix, et qu'il eust peu obliger le peuple à ses edicts, ce que nous avons monstré estre impossible".⁷⁴

Hobbes (s.f./173) sostenía que, en todos los Estados, el legislador es únicamente el soberano, puesto que legislador es el que hace las leyes y sólo el Estado puede hacerlas; es el único legislador. Todas las leyes tienen que interpretarse -prosigue (s.f./180)-, y ninguna de ellas puede ser bien entendida sin una perfecta comprensión de las causas finales que motivaron su creación; y el legislador tiene el conocimiento de esas causas finales. Y agrega Hobbes: "Para éste,⁷⁵ por lo tanto, ninguno de los Page 234 nudos de la ley puede ser insoluble, y se puede tomar alguno de los extremos del cordel y desatarlos, o cortando en todos los lugares donde le parezca (como hizo Alejandro con su espada en el nudo gordiano), a través del poder legislativo, algo que ningún intérprete puede hacer". Más adelante (s.f./182-183) observa que quien escribe un comentario sobre la ley no puede ser considerado como su intérprete, porque los comentarios están más sujetos a objeciones que el texto, y dan pie a nuevos comentarios, de tal manera que la interpretación nunca tendría fin. Por eso es necesario que exista un intérprete autorizado por el soberano, con el que los demás intérpretes tengan que estar de acuerdo.

Hobbes (s.f./183) sostenía que los jueces no podrían disentir del intérprete autorizado por el soberano, observando que sus sentencias "deben ser consideradas por los litigantes como leyes para un caso particular, pero no obligan a otros jueces a dictar sentencias idénticas en casos idénticos. Porque es posible que un juez se equivoque incluso en la interpretación de las leyes escritas, pero ningún error de un juez subordinado puede cambiar la ley, que es la sentencia general del soberano". En Inglaterra, a mediados del siglo XVIII, Algernon Sidney afirmaba (1805/234): "... in what hands soever it is, the power of making, abrogating, changing, correcting and interpreting laws, has been in the same".

100. Sigue la interpretación negativa

La sujeción de los jueces a la ley fue expresada claramente en la conocida formulación de Montesquieu, inspirada en Cicerón, de acuerdo con la cual el juez es, simplemente, la *bouche de la loi* (la boca de la ley).

La *Ordonnance civile sur la réformation de la justice*, de Luis XIV - el llamado *Code Louis* (Gilissen 1988/312)- de abril de 1667, adoptó, en el artículo 7 del Título I, la solución del *référe législatif*, estableciendo que, "si dans les jugements des procès qui seront pendans en nos cours, il survient aucune doute ou difficulté sur l'exécution de nos ordonnances, édits, déclarations et lettres patentes, nous leur défendons de les interpréter, mais voulons qu'en ce cas elles ayent à se retirer par devers Page 235 nous pour apprendre ce qui sera notre intention" (vide Gillisen 1988/326, Monhaupt 2000/254-255 y Gény 1919/77). Porque la interpretación formaba parte de los poderes del Legislativo, le correspondía al juez, en caso de duda, recurrir al legislador, es decir, al rey.

Sin embargo, ya anteriormente, la *Nueva Recopilación*, de 1567, asegura el monopolio de interpretación a los reyes españoles: "I mandamos, que quando quier que alguna duda ocurriere em la interpretacion, i declaracion de las dichas leyes de Ordenamientos, i Pragmaticas, i Fueros, ò de las Partidas, que en tal caso recurran à Nos, i à los Reyes, que de Nos vinieren para la interpretacion dellas; porque Nos, vistas las dichas dudas, declararèmos, i interpretarèmos las dichas leyes ..." ⁷⁶ Y en Portugal, en 1603, las Ordenanzas Filipinas (I, 5, 4-5) establecían el deber de juzgar de acuerdo con las leyes (= las Ordenanzas) y prohibían su libre interpretación: "(...) 4 Y mandamos, que todos nuestros Desembargadores que no cumplieran ni guardaran nuestras Ordenanzas enteramente, debiendo hacerlo, paguen a las partes, en cuyo favor fueran alegadas, veinte cruzados, y sus funciones les fueran suspendidas hasta que así lo dispongamos, y por ese mismo hecho quedarán suspendidas las dichas partes, y los hechos de que fueran jueces. Y los desembargos, y sentencias, si no cumplieran las dichas Ordenanzas, sean ningunos. Y lo mismo mandamos a todos los Desembargadores de la Casa de Oporto, Corregidores, Oidores y Jueces, bajo la misma pena. 5 Y también determinamos que cuando los Desembargadores que acudieran en el despacho de algún caso, todos, o alguno de ellos tuvieran alguna duda en el entendimiento de alguna de nuestras Ordenanzas, deben acudir con la duda al Regidor, el cual, en la Mesa grande con los Desembargadores que le pareciera adecuado, la resolverá, y de acuerdo con lo que ahí se determinara se dará la sentencia. Y la determinación que sobre el entendimiento de dicha Ordenanza se tome, el Regidor mandará que se escriba en el libro de la Relación, para que después no haya duda. Y si en la dicha Mesa también surgieran dudas, si al Regidor le parece, tendrá a bien hacérnoslo saber, para que Nosotros lo determinemos, nos lo hará pues saber, para que pongamos remedio. Y a los que de otra manera interpretaran nuestras Page 236 Ordenanzas, o dieran sentencias en algún caso, teniendo alguno de ellos dudas en el entendimiento de la Ordenanza, sin consultar con el Regidor, será suspendido hasta que así lo dispongamos". ⁷⁷

En Austria, el § 437 de la *Allgemeine Gerichtsordnung* de 1781 obligaba al juez, en caso de que

surgiera una duda justificada sobre la comprensión de la ley, a comunicarla a la Corte, para obtener una decisión al respecto. El sentido del precepto fue reiterado en 1786, en el *Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch* austriaco.⁷⁸

Tarello (1976/537-538) señala como prototipo del *référe législatif* la *Dichiarazioni* del Supremo Consiglio di Giustizia, instituida por el *Codice di Legge i Costituzioni*, de 1771, del Ducado de Módena. El Código prevía la existencia de ese Consejo como órgano especial, distinto de la magistratura ordinaria y directamente vinculado al soberano, depositario del poder legislativo, con la función de resolver las dudas en materia de interpretación de la legislación. Esas dudas eran dirigidas al Consejo, que las solucionaba mediante la expedición de actos de *interpretación auténtica* -es decir, interpretación del propio legislador- llamados de *Dichiarazioni*.

La *Déclaration* o *interpretatio authentica* es, como observa Mohnhaupt (2000/253), una expresión y un ejemplo especialmente notable de la concentración, en el Ancien Régime, de todas las actividades relativas a la legislación en la persona del soberano (= legislador). El poder legislativo del soberano abarca no sólo la creación de nuevo derecho, sino también la explicación del derecho vigente. La interpretación de la ley, en caso de dudas sobre su tenor, no se considera como aplicación del derecho sino como creación de éste y, por lo tanto, se considera simultáneamente como ley también. Quien posea la *Potestatem legislatoriam* detenta, simultáneamente, la *Interpretationem authenticam*, de modo que -como afirma Glafey, transcrita por Page 237 Mohnhaupt (2000/254)- puede incluso interpretar la ley de manera diferente de la prevista por aquel que la escribió. La *interpretatio authentica* se lleva a cabo en la esfera de acción del legislador, es decir, del soberano, por lo cual la interpretación es monopolizada por éste, como parte de la *Potestatem legislatoriam*.

El hecho es que, como subraya Mohnhaupt (2000/257), el límite entre la interpretación auténtica y el "référe législatif", es variable y no puede definirse de manera tajante. En ambos casos, la igualdad entre tenor y "entendimiento" del texto legal se convierte en el objetivo buscado, que hará de antemano superflua la actividad interpretativa del juez. Cuando esa igualdad no se alcanza, la eliminación de la duda sigue estando reservada al derecho del soberano y al de las autoridades subordinadas a él. La supremacía absoluta de la voluntad legislativa no acepta, coherentemente, otras fuentes del derecho, en la medida en que se opongan a la voluntad legislativa o no emanen de ella. Y más aún: legislación y jurisdicción no representan poderes independientes uno del otro, pues están mezclados en la figura y la voluntad del soberano (= legislador) (Mohnhaupt 2000/258 y 262).⁷⁹

Beccaria (1911/27) emplea dos argumentos teóricos para justificar la competencia exclusiva del legislador en materia de interpretación: "Nemmeno l'autorità d'interpretare le leggi penali può risiedere presso i giudici criminali, per la stessa ragione che non sono legislatori. I giudici non hanno ricevuto le leggi dagli antichi nostri padri come una tradizione domestica ed un testamento, che non lasciasse ai posteri che la cura di Page 238 ubbidire; ma le ricevono dalla vivente società o dal sovrano rappresentatore di essa, come legittimo depositario dell'attuale risultato della volontà di tutti". Más original e incisivo que el primer argumento - interpretar la ley es rehacerla y el juez no es legislador-, es, como señala Tropper (2001/127), el segundo: nada justifica la aplicación de la ley antigua de manera inmutable; la ley antigua debe expresar la voluntad general tal como hoy se manifiesta; así, debe ser interpretada por quien esté capacitado para expresar la voluntad general, o sea, el legislador. Beccaria, aunque niega al juez el derecho de interpretar teológicamente la ley, prefigura, según Troper (2001/127), a los estadounidenses que se afilian a la corriente de la interpretación dinámica, cuando afirman que el derecho debe interpretarse de acuerdo con las necesidades de la vida social (*vide* apartados 34 y 36).

101. (Sigue)

En Francia, el principio de la restricción interpretativa (*référé législatif*) no desapareció al terminar la Monarquía absoluta. La burguesía temía que los magistrados, indicados por el *Ancien Régime*, interpretaran el nuevo derecho instituido por la Revolución de acuerdo con los intereses de la nobleza.

El relato de Bergasse⁸⁰ (1991/112) sobre la organización del poder judicial, de 17 de agosto de 1789, afirmaba:

"le pouvoir judiciaire sera donc mal organisé, si le juge jouit du dangereux privilège d'interpréter la loi ou d'ajouter à ses dispositions.

Car on aperçoit sans peine qui, si la loi peut être interprétée, augmentée, ou, ce qui est la même chose, appliquée au gré d'une volonté particulière, l'homme n'est plus sous la sauvegarde de la loi, mais sous la puissance de celui qui l'interprète ou qui l'augmente; et le pouvoir d'un homme sur un autre homme étant essentiellement ce qu'on s'est proposé de détruire par l'institution de la loi, on voit clairement que ce pouvoir au contraire acquerrait Page 239 une force prodigieuse, si la faculté d'interpréter la loi était laissée à celui qui en est dépositaire".

En esa línea, como señala Troper (2001/127), el artículo 9 del Título I del primer proyecto de Constitución, de 17 de agosto de 1789, establecía que "Il ne sera pas permis à aucun juge, en quelque manière qui soit, d'interpréter la loi; et, dans le cas où celle-ci serait douteuse, il se retirera par devers le corps législatif, pour obtenir, s'il en était besoin, une loi plus précise". El artículo 12 del decreto orgánico de 16-24 de agosto de 1790 retomó la prohibición de modo más incisivo: "Ils ne pourront point faire de règlements, mais ils s'adresseront au Corps législatif toutes les fois qu'ils croiront nécessaire, soit d'interpréter une loi, soit d'en rendre une nouvelle" (Troper 2001/128).⁸¹

Comentando ese artículo 12, Gény (1919/77-78) observaba que él "était conçu dans un esprit essentiellement restrictif, et tendait à limiter la liberté même de l'interprétation judiciaire (interprétation doctrinale *in concreto*)".

Sin embargo, antes de esa ley de agosto de 1790, el 25 de mayo del mismo año, Robespierre (1950/374-376), en una intervención en los debates que se entablaron sobre la organización del Tribunal de Casación, observó: "Or, maintenat que faut-il, pour qu'il puisse remplir cet objet essentiel de son institution? Il faut évidemment qu'il soit constitué de telle manière qu'il ne puisse adopter un esprit particulier, ni se faire un intérêt opposé à celui du législateur, ou différent de celui du législateur: car alors il employeroit son pouvoir pour faire dominer sa volonté particulière; et loin de maintenir les loix, il pourroit en favoriser la ruine, en connivant aux entreprises des tribunaux qu'il doit réprimer, et pourroit deve-Page 240nir un dangereux instrument dont les autres pouvoirs coalisés avec lui pourroient se servir contre le pouvoir législatif. Or comment pourrez-vous prévenir ces inconvénients? comment la cour de cassation sera-t-elle dans l'impuissance d'adopter en esprit des principes différens de ceux du législateur; si elle est un corps séparé, distinct du corps législatif, et en même tems souverain et indépendant: il est dans la nature même des choses que tout être moral, que tout corps, que tout individu ait une volonté propre, il est dans la nature des choses qu'il cherche sans cesse à la faire dominer, lorsqu'il est revêtu d'un grand pouvoir, toutes les fois que ce pouvoir n'est point soumis à une autorité supérieure qui le ramène sans cesse à la règle et à la loi. Or, remarquez que votre cour de cassation doit être nécessairement souveraine et indépendante; puisque si les jugemens étoient soumis à une révision, ce seroit à un corps chargé de les examiner qu'appartiendroit en dernier ressort, le droit de cassation; et que ce que je dis du premier, pourroit s'appliquer à celui-ci. Il suit donc, que

s'il adopte des vues et une volonté différentes de celle du législateur, il pourra l'élever au-dessus du législateur lui-même, qu'il sera en dernière analyse, l'arbitre de la législation qu'il pourra altérer, ou ébranler à son gré, par l'abus arbitraire qu'il fera de son autorité indépendante; et comme il est impossible de s'assurer que sa volonté sera toujours confondue avec la sienne, si son existence ne l'est pas, il est évident que nous sommes entraînés, par la nature même des choses, à adopter cette maxime, qui n'étoit point étrangère au droit public de Rome, et que notre ancien gouvernement même avoit adoptée: la législation romaine posoit en principe; que l'interprétation des loix appartenait à celui qui a fait la loi: *ejus est interpretari legem, qui condidit legem.* On a senti, que si une autre autorité que celle du législateur pouvoit interpréter les loix, elle finiroit par les altérer, et par éléver sa volonté au-dessus de la sienne; et il n'est pas besoin de dire que ce principe s'applique, à plus forte raison, à un cas où les loix sont directement attaquées par les actes du pouvoir judiciaire qui les enfreint. Notre ancien régime avoit reconnu lui-même la nécessité de ce principe: quoique le roi n'eût pas même alors le pouvoir d'appliquer les loix aux causes particulières du citoyen, il exerçoit Page 241 néanmoins celui de casser les juges contraires aux formes qu'elles avoient établies, et qui tendoient à les attaquer ouvertement; et cette institution étoit raisonnable, dans un système où il exerçoit la puissance législative. Le pouvoir législatif est foible ou nul, et toute sa force passe au pouvoir judiciaire, dès qu'il n'a pas, en lui-même, le droit et les moyens de repousser les atteintes que lui porte ce dernier; comme il n'établit que des règles générales, que les tribunaux seuls les appliquent, les loix deviendroient de vaines formules, dont l'autorité dépendroit absolument des juges ou du corps chargé de revoir leurs jugemens.

Qu'on ne dise pas que je confonds ici les pouvoirs, en réunissant dans les mêmes mains le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire. J'ai fait observer que ceux qui doivent surveiller les tribunaux, et les ramener sans cesse aux principes de la législation, ne sont pas une partie du pouvoir judiciaire; et que leurs fonctions sont une dépendance et une convention nécessaire, de la puissance législative, et qu'elle devoit être exercée par le législateur, à peine de renoncer à la stabilité, à la pureté, à l'unité des principes constitutionnels. J'observe d'ailleurs, que cette maxime de la division des pouvoirs judiciaires, ne doit pas être observée avec superstition, puisqu'elle est subordonnée à la nécessité des moyens qu'exigent le maintien de la liberté pour laquelle elle a été instituée, et qu'il est des points de contact où ils doivent se réunir. Je conclus que c'est dans le sein du corps législatif que doit être placé le tribunal de cassation. Je propose en conséquence, qu'un comité du corps législatif, choisi par lui, soit chargé de proposer, d'instruire et de rapporter les affaires qui sont de son ressort, et qu'elles soient décidées par des décrets de l'assemblée".

El Tribunal de Casación empieza a existir a partir de la ley de 27 de noviembre-10 de diciembre de 1790, cuyo primer artículo disponía lo siguiente: "Il y aura un Tribunal de cassation établi auprès du Corps législatif", precepto confirmado por el artículo 19 del Capítulo V de la Constitución francesa de 1791, que crea "un seul Tribunal de Cassation, établi auprès du Corps Légitif". El procedimiento de someter esta materia al Legislativo, después de dos anulaciones, es regulado por los artículos 20 y 21 de la Constitución. Ante el decreto declaratorio del Le-Page 242gislativo, el artículo 21 afirma: "le Tribunal de Cassation sera tenu de se conformer"⁸². La Constitución no sólo considera instituir el *référendum legislatif*, sino que subraya la inferioridad del Poder Judicial en relación con el Legislativo al determinar, en el artículo 22, que el Tribunal de Casación debía enviar anualmente al Legislativo una comisión de ocho de sus miembros para hacer un informe de los juicios realizados en ese periodo, enunciando, caso por caso, los fundamentos de cada decisión. La interpretación del Legislativo era definida en asamblea plenaria y, a partir de 1807, por el mismo Emperador (Szramkiewicz y Bouineau 1998/278). El artículo 58 del Acto Adicional a la Constitución del Imperio, de 22 de abril de 1815, determinó que las interpretaciones de las leyes realizadas por la Corte⁸³ adoptaran el carácter de ley.

De esta manera, tenemos dos *référentes*: a) uno facultativo, instituido por el artículo 10 de la ley de 16-24

de agosto, que busca obtener una interpretación *in abstracto*, y b) un *référe obligatorio*, instituido por la ley de 27 de noviembre-10 de diciembre de 1790.

Para una crítica sobre la institución del *référe*, el Tribunal de Casación y la injerencia del Legislativo en la interpretación, véase Gény (1919/78 ss.).

En Prusia, según lo referido por Franz Neumann (1964/38), Federico II ya había prohibido, el 14 de abril de 1780, la interpretación de las leyes.

En un discurso leído en la Academia de Ciencias de Berlín, en 1750 (*Dissertation sur les raisons d'établir ou d'abroger les lois*), Federico II enunció algunos principios que habrían de ser adoptados con el fin de que las leyes pudieran perdurar largo tiempo y propiciar la felicidad pública, entre los cuales se encontraba el siguiente: las leyes deben ser claras y precisas en su formulación, de modo que puedan ser interpretadas con base en el sentido de sus palabras, sin que llegue a ser necesario preguntarse por la intención del legislador (Tarello 1976/237).

Page 243

Refiere también Franz Neumann que José II de Austria introdujo el *référe législatif* en el artículo XIII del Código de 1786. Y Feuerbach fue probablemente el autor de la Instrucción de 19 de octubre de 1813, en Baviera, la cual prohibía que funcionarios, estudiosos o eruditos escribieran comentarios sobre el [Código Penal](#) bávaro.

El proyecto elaborado en 1792 por Carl Gottlieb Svarez y Ernst Ferdinand Klein, llamado *Allgemeines Gesetzbuch für die königlich preussischen Staaten*, prohibía a los magistrados, en los párrafos §§ 34-36, la práctica de la interpretación, estableciendo que, en cada caso especial, debían dirigirse a la comisión legislativa (Savigny 1892/52-53 y Tarello 1976/492-493).⁸⁴ El *Allgemeines Landrecht für die königlich preussischen Staat* fue promulgado el 5 de febrero⁸⁵ de 1794, ya en el tiempo de Federico Guillermo II, sobrino y sucesor de Federico II,⁸⁶ que había inicialmente minimizado y, en la última edición, derogado el recurso a la comisión, con el fin -en palabras de Savigny (1892/52-53)- de transformar la actividad de los jueces, antes puramente mecánica, en una actividad científica. Sin embargo, Federico Guillermo III, en un decreto de 3 de agosto de 1798, volvió a prohibir la interpretación mediante pre-Page 244cedentes, comentarios o "sutilezas eruditas", determinando que la aclaración de dudas estuviera sometida a una "comisión legislativa" (Wieacker 1967/376-377).

Mohnhaupt (2000/259-260) señala también, en la legislación prusiana, i) la mención, en la patente de publicación de Federico Guillermo I para el *Verbesserte Land-Recht des Königreichs Preussen* de que, en caso de duda, "el caso com rationibus dubitanti et decidendi se nos debe enviar para Nuestra decisión"; ii) la *Allgemeine Gerichts-Ordnung* de 6 de julio de 1793 (1a Parte, 13o Título, § 32), que obligaba al colegio de jueces, cuando el sentido de la ley "fuerá considerado oscuro y dudososo", a consultar a una nueva comisión de las leyes; iii) el ALR (Derecho Nacional General) (Introducción, § 47) que mantiene el deber, de parte del juez, de "comunicar sus dudas a la comisión de las leyes y solicitar el dictamen de ésta".

En la misma línea, relata Mohnhaupt (2000/259) el proyecto del Landrechts de Hannover, de Friedrich Esajas Pufendorf (1772), y el proyecto de un [Código Civil](#) elaborado bajo el reinado de María Teresa (1766), el Codex Theresianus.

Bentham, en el *General View of a Complete Code of Law* (1843:210), afirma: "But if any judge or

advocate should, in the course of his practice, see occasion to remark anything in it that appears to him erroneous in point of matter, or in point of style defective, redundant or obscure, let him certify such observation to the legislature, with the reasons of his opinion, and the correction he would propose".

102. (Sigue)

La defensa del soberano contra cualquier posible distorsión de su voluntad, restringiendo la interpretación, se dirigió también contra los *doctores*. De esta forma, la *Nueva Recopilación española*, de 1567, en una disposición repetida con idéntico tenor en la *Novísima Recopilación*, en 1805, asocia explícitamente a la garantía del monopolio interpretativo del rey la prohibición de, en el futuro, invocar la opinión de Bartolo o de Page 245 otros: "I revocamos le lei de Madrid, que habla cerca de las opiniones de Bartulo, i Baldo, i Juan Andrès, i el Abad, qual dellas se deve seguir em duda à falta de lei, i mandamos que no se use della" (Mohnhaupt 2000/ 261).

Nuno Espinosa Gomes da Silva (2000/380-381) consigna la aparición de otras leyes que limitan la posibilidad de citar autores en el tribunal: "De este modo, entre 1613 y 1631, por obra del duque Francesco Maria II della Rovere, estaría vigente, en Urbino, una ley destinada a 'apartar de jueces y profesores la incertidumbre en que muchas veces se encuentran por la variedad de opiniones de tantos que han escrito en esta profesión'. En ese sentido, se determinaba que las únicas fuentes a disposición de jueces y abogados, en las causas civiles, serían el *Corpus Iuris*, las obras de Bartolo, Baldo, Paulo de Castro, Jasão de Maino, Alexandre Tartagni, João de Imola y los 'estatutos y decretos del Estado'; en las causas criminales, sólo podría citarse a Alberto de Gandino, Angelo Aretino, Egidio Bossi y Julio Claro". En otros territorios italianos se llegó incluso más lejos, ya que se establecieron más limitaciones o la prohibición total de invocar a la doctrina: en las ordenanzas piemontesas de 1723, después de establecerse la sucesiva autoridad de las leyes y constituciones reales, de los Estatutos locales y del derecho común, se prohibió a los jueces "*di poter deferir' a I quegl'Autori di qualunque sorta si sieno, che non fondano le lor'opinioni nella Ragion naturale, o delle Genti, o nella Disposizione della Legge Comune, o nelle Decisioni de' Tribunali degli Stati Nostri, le quali non si trovino repugnanti a quanto sovra*". En la compilación de 1770 surgen, en tercer lugar, las decisiones de los magistrados, y sólo en cuarto lugar "*il testo della legge comune*", prohibiéndose a los Abogados "*di citare nelle loro allegazioni veruno dei Dottori nelle materie legali, ed ai Giudici tanto supremi che inferiori di deferire ali' opinione di essi (...)*". Y prosigue Gomes da Silva: "Así, en la redacción de 1729 de las *Constituciones* de Cerdeña, del rey Víctor Amadeo II, se prohibió 'a los Abogados citar, en sus alegatos, a cualesquiera Doctores en materia legal y a los jueces, ya fueran supremos o inferiores, se les prohibió adherirse a sus respectivas opiniones (...) bajo pena de suspensión de sus oficios'. Por otro lado, un importante despacho Page 246 napolitano de 1774, emitido por Fernando IV e inspirado por el ministro Bernardo Tannuci, consagraba la obligación de los jueces de los tribunales superiores de explicar su sentencias y fundamentarlas en 'leyes expresas del Reino y Comunes', y no 'en la desnuda autoridad de los doctores que, desgraciadamente, tergiversaron o volvieron incierto y arbitrario el derecho'".

En Portugal, como preparando la abolición de la autoridad doctrinal y del condicionamiento de la vigencia del derecho romano a su conformidad con la razón, Gomes da Silva (382-384) menciona el Edicto de 28 de junio de 1759, el que después de afirmar "que del cultivo de las ciencias depende la felicidad de las Monarquías, pues por medio de ellas se conserva la Religión y la Justicia en su pureza, y la igualdad", y de expresar su deseo de que "los mismos Vasallos, por el medio suministrado de un buen regulado Método puedan, con la misma facilidad que hoy tienen otras Naciones civilizadas, tomar aquellas aplicaciones de él que sean útiles, y de abundantes frutos, ya que hasta ahora la falta de

dirección los había vuelto, o imposibles, o tan dificultosos, que venía a ser casi lo mismo". Después de estas afirmaciones, el edicto determinaba que "en la enseñanza de las Clases, y en el estudio de las Letras Humanas debe haber una reforma general, mediante la cual se restituya el Método antiguo, reducido a sus términos simples, claros y de mayor facilidad, que se practica actualmente en las Naciones cultas de Europa (...)" . En cada escuela habría, como principal responsable, un *Director de estudios*. En el punto 4 del estatuto de este Director se afirmaba: "4. Y en cuanto a las discordias provenientes de la disparidad de opiniones, que muchas veces se suscitan entre los Profesores, sólo sirven para distraerlos de sus verdaderas obligaciones y para producir en los jóvenes el espíritu de orgullo y la discordia; el Director hará todo lo posible para extirpar las controversias y procurar que entre ellos exista una paz perfecta y una constante uniformidad de doctrina; de tal suerte que todos contribuyan al progreso de su profesión y al aprovechamiento de sus discípulos". Aquí -prosigue Gomes da Silva- "todavía no se habla de la *autoridad de la doctrina jurídica*. Y, en una perspectiva general, se encuentra la *razón* (iluminada) que no tolera la existencia de *opiniones*". Y agrega más adelante: "Hablando más directamente de Page 247 nuestro objetivo, es registrar la Ley de 25 de junio de 1760, la asfixiante norma que creó un Intendente General de Policía de la Corte y de los Reinos. Se afirma en el § 20 de esta Ley que: '§ 20. Por la información que tuve de que una de las causas que hasta ahora han impedido la exacta y necesaria observancia de las leyes establecidas para la paz pública de mi corte, consistió en ser las mismas leyes entendidas especulativamente por las opiniones de los Doctores Juristas, las cuales son tan diversas entre sí como suelen ser los juicios de los hombres. Y para que la seguridad de mis Vasallos no quede vacilante en la incertidumbre de las mencionadas opiniones: Ordeno que esta Ley, y las demás que por ella he producido, se observen literal y exactamente en su contenido, sin interpretación o modificación alguna de ningún tipo, ya que las prohíbo todas y las anulo. Y cuando se presenten casos en que al parecer la dicha literal observancia contendría un rigor incompatible con mi Real y pía equidad; prevaleciendo sobre ellas, se me presentarán estos casos por medio del Regidor de las Justicias, o quien ejerciera en su lugar, para Yo determinar lo que me pareciera justo'. Como puede verse, se impone la *observancia literal*, sin *interpretación ni modificación de ningún tipo: en el espíritu de la época, la interpretación literal no es interpretación*. Queriendo obtener un *derecho seguro*, se prohíbe al juez realizar ninguna interpretación (extensiva o restrictiva), y ni siquiera se le concede la posibilidad de integración. Si la *observancia literal* se mostrara, en su rigor, incompatible con la *equidad*, el asunto se llevaría al rey, para su decisión final. Las opiniones de Doctores juristas -'tan diversas entre sí como suelen ser los juicios de los hombres'- estaban prohibidas. Sin embargo, el mismo *derecho romano* empezará a ser atacado, por la vía legislativa, preludiando el próximo surgimiento de la *Ley de la Buena Razón*. Menos de un año antes de esta ley, la importante Ley de 3 de noviembre de 1768 sobre el recurso de revisión, en el caso de una sentencia notoriamente injusta, por ser contra *derecho expreso*, establecía que 'El *Derecho expreso* (...) debe ser el *Derecho Patrio de mis Reinos*, y no las *Leyes Imperiales, o Derecho Civil*, de que resultaría la misma confusión de su dominio e incertidumbre del derecho de las partes, que Mi Paternal Intención ha de procurar evitar en la medida de lo posible'. Y esto, no obstante la otra Orde-Page 248nanza del Libro tercero, título sesenta y cuatro'. Así, a partir de entonces, la sentencia notoriamente injusta por violación del *derecho romano* no otorgaba derecho al recurso de revisión. El *derecho romano* (que en ese tiempo era esencialmente doctrinario), vuelto incierto por la incertidumbre de la misma doctrina, tiende a dejar de ser considerado *Derecho*".

La ley de 18 de agosto de 1769, de José I de Portugal -la llamada "Ley de Buena Razón"-, determina, en el § 13, que las glosas y opiniones jurídicas de Acursio y de Bartolo, cuya autoridad, según las Ordenanzas Filipinas (lib. III, tít. 64, § 1o), se debía obedecer, pero no podía invocarse en juicio o ser aplicada por jueces. Y prohíbe los comentarios.

Las Ordenanzas indicaban como fuentes de derecho, *grosso modo*, la voluntad del rey y *utrumque ius*. La Ley de Buena Razón mantiene la voluntad del monarca, pero sustituye el *utrumque ius* por la

razón (Gomes da Silva 2000/392). En la lista de las fuentes internas, el § 14 determina que los Estilos de la Corte sólo serían válidos en caso de haber sido aprobados por Acuerdo de la Casa de Suplicación; las costumbres serían fuente de derecho sólo en el caso de que contuvieran inclusivamente tres requisitos: ser conforme a las buenas razones, no ser *contra legem* y tener más de cien años de antigüedad.⁸⁷ En relación con las fuentes subsidiarias, declara que las normas de *derecho romano* sólo serán aplicables cuando, caso por caso, se mostrasen acordes con la buena razón.

La buena razón, en los términos del § 9, sería aquella "que consiste en los principios primitivos, que contiene verdades esenciales, intrínsecas, inalterables, que la ética de los mismos Romanos había establecido y que los Derechos Divino y Natural formalizaron para que actuaran como reglas morales, y Civiles entre el Cristianismo: o aquella buena razón, que se funda en otras reglas, que de consentimiento unánime establecieron el derecho de las Gentes para la dirección y gobierno de todas las Naciones civilizadas: o aquella buena razón, que se establece en las Page 249 Leyes Políticas, Económicas, Mercantiles y Marítimas que las mismas Naciones Cristianas han promulgado con manifiestas utilidades en el sosiego público, en el establecimiento de la reputación, y del aumento de las riquezas de los Pueblos, que con las disciplinas de estas sabias y provechosas Leyes viven felices a la sombra de los tronos, y bajo los auspicios de sus respectivos Monarcas, y Príncipes Soberanos (...)".

Por lo que toca a las materias política, económica, mercantil y marítima, ese mismo § 9 añadía que era "mucho más razonable, y mucho más coherente, que en estas interesantes materias se recurra más bien, en caso de necesidad, a la consulta inmediata de las mencionadas Leyes de las Naciones Cristianas, ilustradas y perfeccionadas, ya que en ellas brilla la buena, depurada y sana jurisprudencia; en muchas otras erudiciones útiles y necesarias; y en la felicidad; en vez de ir a buscar sin buenas razones, o sin razones de peso, después de más de diecisiete siglos el socorro en las Leyes de hunos paganos; que en sus principios Morales y Civiles fueron muchas veces perturbados, y corrompidos en la manera antes mencionada; que del Derecho Natural sólo tenían pocas y generales nociones, que se manifiestan los términos con que lo definieron; que del Derecho Divino, ciertamente, no supieron cosa alguna, y que del Comercio, de la Navegación, de la Aritmética Política, y de la Economía del Estado, que son hoy materias tan importantes de los Gobiernos Supremos, no llegaron a tener el menor conocimiento".

El derecho romano sólo podría utilizarse de conformidad con la *buena razón*; por otro lado, en lo referente a los asuntos políticos, económicos, mercantiles y marítimos, se debía recurrir a las leyes de las naciones civilizadas de Europa, y no al derecho romano, que, en palabras de Gomes da Silva (2000/395), no pasaba de ser un "derecho elaborado hace más de diecisiete siglos por pueblos que no sabían nada, ni siquiera Aritmética Política..." El derecho canónico dejó de tener valor, incluso como fuente subsidiaria, y fueron condenadas la *Glosa de Acursio*, la *Bartoli opinio* e, implícitamente, la *communis opinio*.

El § 13 de la ley estipulaba que "Siendo cierto, y hoy ningún letrado lo ignora, que Acursio y Bartolo, cuyas autoridades mandó seguir la misma Comp. no § I del mencionado tít., fueron destituidos no sólo de la enseñanza de la Historia Romana, sin la cual no Page 250 podían entenderse bien los textos que trataban las materias de sus diversos escritos; y que los referidos textos no sólo fueron concebidos con el conocimiento de la Philología, y de la Buena Latinidad; sino también con apego a las reglas fundamentales del Derecho Natural y Divino, que debían regir el espíritu de las Leyes sobre las que escribieron. Y siendo igualmente cierto, que para suplir aquellas luces, que les faltaban, o porque por falta de ellas sus juicios eran confusos, dispersos, y sin buenas razones que los delimitaran, introdujeron entonces en la Jurisprudencia (cuyo carácter está formado por la verdad y la simplicidad) las casi innumerables discusiones metafísicas en las que después esa Escuela Bartolina se ha enredado, y confundido los derechos, y los campos de los litigantes intolerablemente: ordeno que las glosas y

opiniones de los mencionados Acursio y Bartolo no puedan ya ser alegadas en juicio, ni seguidas en la práctica por los juzgados; y que, por el contrario, en ambos casos sean siempre las buenas razones antes declaradas, y no las autoridades de aquellos o de otros semejantes Doctores de la misma escuela, las que hayan de decidir en el foro los casos que se presenten; revocando también en esta parte la misma Ordenanza que determina lo contrario".

En su exposición sobre la prohibición del comentario, Mohnhaupt (2000/261 ss.) enuncia observaciones que a continuación reproduczo. El duque Augusto de Sajonia, en la *Erläuterung und Verbesserung der biâherigen Processund Gerichts-Ordnung*, de 10 de enero de 1729, establece "que sobre ese Nuestro Código de Proceso, sin Nuestro previo conocimiento y aprobación, nadie deberá tomar la iniciativa de escribir, comentar e interpretar". En el prefacio al *Project des Corporis Juris Fridericiani*, de 1749-1751, la prohibición de comentar se formulaba de manera especialmente incisiva: "Y para que los particulares, sobre todo los profesores, no tengan oportunidad de corromper ese Derecho Nacional mediante una interpretación arbitraria, Su Majestad Real prohibió, bajo penas graves, que nadie, sea quien fuere, se atreva a escribir un Comentario sobre todo el Derecho Nacional o parte del mismo; ... Así, los profesores solamente podrán y deberán dar a los jóvenes el conocimiento del sistema, presentándoles claramente los Principia generalia. Su Majestad Real prohibió también que, en el futuro, en Page 251 tales causas civiles, ninguna autoridad de los Doctorum llegue a alegarse, sino que cada uno defienda a sus Jura solamente con base en el presente Derecho Nacional". Sobre el rigor de la prohibición de comentar -continúa Mohnhaupt (2000/262)-, se manifiesta, en el fondo, la convicción de que, en las obras jurídicas del periodo de codificación, finalmente se había encontrado el "ius certum et universale" que no puede disolverse por otras fuerzas más que por aquellas contenidas en el monopolio legislativo del soberano. En el título de la edición antes citada, del *Project des Corporis Juris Fridericiani*, se afirma claramente que, en ese mismo proyecto de ley, "todas las Jura dudosas existentes en las Leyes Romanas o elaboradas por los Doctoribus, fueran resueltas y, así, quedara establecido Un Derecho Ciento y Universal en todas las provincias." La prohibición de recurrir a opiniones de maestros de derecho y sentencias judiciales más antiguas, especificada en el § 60 de la Introducción al ALR, era coherente también con esta tendencia tan conservadora en los asuntos jurídicos, ordenados sistemáticamente en el Código.

Otro aspecto que Mohnhaupt señala (2000/262 ss.) es que a las sentencias de los tribunales superiores se les podía adjudicar un carácter directo de ley. La tendencia de atribuir a las sentencias una fuerza igual o semejante a la de las leyes aumenta en la medida en que la legislación es incompleta y el acervo de fuentes de derecho, múltiple e incierto. Así, tenían valor de leyes, en Francia, los "arrêts de reglemens des Cours souveraines", promulgados "pour être observées comme Loix dans l'étendue de leur ressort, sous le bon plaisir de sa Majesté..." En Portugal, las decisiones interpretativas, los llamados "acuerdos" de la "Casa de Suplicación", a la cual se había dado competencia para la interpretación, tenían fuerza de ley. Hay que señalar que esa jerarquía legal se implantó precisamente a través de la Ley de Buena Razón, en 1769.

Mohnhaupt (2000/263-264) menciona también las sentencias de los Senados de Piamonte y de Saboya, a los cuales habían dotado de fuerza de ley formal las Constituciones reales de 1729; los "decreta communia" del Reischskammergerichts, que representan una "singularis quaedam potestatis legislatoria species"; el hecho de que, en España, las decisiones judiciales sobre interpretación y Page 252 aplicación de las leyes tomadas por unanimidad o por mayoría -los así llamados "autos acordados"- podían tener fuerza de ley si eran promulgadas por el rey; en ese mismo sentido, lo mismo sucedió en el Concilio de Wittenberg, de 1749.

103. (Sigue)

En 1819, el Conde Lanjuinais (1819/258-259) anotaba:

"Toute interprétation ou explication suppose la loi inapplicable, ou le sens de la loi douteux ou obscur. On ne peut empêcher les *applicateurs* des lois de les prétendre susceptibles d'interprétations, lorsqu'elles sont le plus claires, ou de les mal interpréter lorsqu'elles paraissent douteuses. A ce désordre commun il ne peut y avoir de remède, que le recours à l'autorité supérieure, et le bon choix des administrateurs et des juges: ceux-ci sont tenus, les uns et les autres, d'appliquer les lois aux cas spéciaux, lors même qu'ils se tromperaient ou voudraient tromper, supposant les lois obscures, ou douteuses, ou silencieuses, et préférant une interprétation fausse à la véritable. Mais si quelque autorité judiciaire s'avisaît d'interpréter une loi par voie de règlement ou de décision générale, ce serait usurper le pouvoir législatif; et si de telles interprétations viennent d'une autorité administrative, strictement, elles ne peuvent être que des conseils qu'on pèse et qu'on balance, et auxquels ni l'administrateur ni le juge n'est tenu de s'astreindre. La crainte et l'ambition seules pourraient faire préférer, au mépris du devoir, une fausse interprétation générale des supérieurs dans la ligne exécutive. De là vient que nos lois actuelles défendent aux tribunaux toute interprétation générale ou réglementaire; l'esprit des lois l'interdit également aux ministres et à leurs subordonnés, si ce n'est tout au plus provisoirement et en cas de nécessité urgente. Régulièrement ces sortes de décision administratives ne doivent pas être publiées en forme d'ordonnances d'exécution, de peur qu'on ne leur suppose une force obligatoire; mais elles peuvent entrer dans des *instructions générales*. Les deux Chambres doivent être attentives à exercer leur surveillance et sur ces instructions et particulièrement sur les ordonnances de pareille nature. Il Page 253 n'appartient qu'aux volontés qui font les lois d'en émettre des interprétations générales obligatoires; autrement le Roi, ses ministres et leurs agents seraient des Constitutions, des lois vivantes: il n'y aurait, à vrai dire, ni Constitutions ni lois. On souffrit à Rome que les préteurs donnassent des édits pour suppléer au silence des lois et en fixer le sens: bientôt ils s'arrogèrent effectivement et littéralement le pouvoir de les *corriger*".

Nótese bien, en este texto, la presuposición del carácter meramente subsuntivo atribuido a la función jurisdiccional: la actividad interpretativa que los jueces debían practicar era exclusivamente la referida a la premisa menor del silogismo, es decir, la que sólo tenía que ver con la aplicación de la ley (véase el apartado 16).

104. (Sigue)

El principio de la restricción interpretativa fue eliminado del derecho francés sólo después de la introducción del artículo 40 de la ley de 10 de abril de 1837.⁸⁸

Gény (1919/85 y 86) sostiene que el [artículo 4o](#) del [Código Civil](#) ya había suprimido el *référez* facultativo; el principio del *référez* obligatorio es el que fue abrogado en 1837.

En Italia, el artículo 73 del Estatuto Albertino de 1848 establecía que la interpretación de la ley, obligatoria para todos, incumbía exclusivamente al legislador; esa restricción legislativa sólo desapareció un siglo más tarde, con la instauración de la Constitución republicana.

Es importante, sin embargo, recordar el énfasis puesto por Gény (1919/23 y 98-103) en la circunstancia de que los mismos autores del Código de Napoleón sabían que la codificación dejaba intacta, en lo verdaderamente esencial, la libertad de interpretación jurídica, y rechazaban la suposición de que todas las necesidades de la justicia privada serían resueltas por la codificación. A

propósito, al final de este apéndice transcribo fragmentos del *Discurso preliminar sobre el proyecto de Código Civil*, escrito por Portalis en nombre de la Comisión encargada de su redacción. Son muy nítidas en este discurso -afirma Geny (1919/100)- la afirmación de la necesidad de una doctrina y una jurisprudencia autónomas y creativas, cuya misión no sea sólo la de interpretar la ley, sino también la de llenar sus lagunas en todas las materias civiles, y que pongan en tela de juicio, de modo decisivo, la idea del *référe*, del recurso al legislador, con el fin de satisfacer las exigencias de la justicia cotidiana.

No hay que olvidar, por otra parte, que los artículos 4o y 5o del Código de Napoleón llevan a cabo una especie de división de atribuciones entre lo Legislativo y lo Judicial: el 4o obliga al juez a interpretar *in concreto* y el artículo 5o le prohíbe interpretar *in abstracto*.

Anexo

Fragmentos del *discurso preliminar sobre el proyecto de Código Civil*, escrito por Portalis (1992/7-15) en nombre de la Comisión encargada de su redacción:⁸⁹

"Tout prévoir est un but qu'il est impossible d'atteindre. (...) Nous n'avons donc pas cru devoir simplifier les lois au point de laisser les citoyens sans règles et sans garantie sur leurs plus grands intérêts.

Nous nous sommes également préservés de la dangereuse ambition de vouloir tout régler et tout prévoir. Qui pourrait penser que ce sont ceux mêmes auxquels un code paraît toujours trop volumineux, qui osent prescrire impérieusement au législateur la terrible tâche de ne rien abandonner à la décision du juge?

Quoi que l'on fasse, les lois positives ne sauraient jamais entièrement remplacer l'usage de la raison naturelle dans les affaires de la vie. Les besoins de la société sont si variés, la communication des hommes est si active, leurs intérêts sont si multipliés et leurs rapports si étendus, qu'il est impossible au législateur de pourvoir à tout.

Dans les matières mêmes qui fixent particulièrement son attention, il est une foule de détails qui lui échappent, ou qui sont trop contentieux et trop mobiles pour pouvoir devenir l'objet d'un texte de loi.

D'ailleurs, comment enchaîner l'action du temps? Comment s'opposer au cours des événements ou à la pente insensible des moeurs? Comment connaître et calculer d'avance ce que l'expérience seule peut nous révéler? La prévoyance peut-elle jamais s'étendre à des objets que la pensée ne peut atteindre?

Un code, quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas plutôt achevé, que mille questions inattendues viennent s'offrir au magistrat. Car les lois, une fois rédigées, demeurent telles qu'elles ont été écrites; les hommes, au contraire, ne se reposent jamais; ils agissent toujours; et ce mouvement, qui ne s'arrête pas, et dont les effets sont diversement modifiés par les circonstances, produit à chaque instant quelque combinaison nouvelle, quelque nouveau fait, quelque résultat nouveau.

Une foule de choses sont donc nécessairement abandonnées à l'empire de l'usage, à la discussion des hommes instruits, à l'arbitrage des juges.

L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit; d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître

sur chaque matière.

C'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application.

De là, chez toutes les nations policées, on voit toujours se former, à côté du sanctuaire des lois, et sous la surveillance du législateur, un dépôt de maximes, de décisions et de doctrines qui s'épure journellement par la pratique et par le choc des débats judiciaires, qui s'accroît sans cesse de toutes les connaissances acquises, et qui a constamment été regardé comme le vrai supplément de la législation.

Page 256

On fait à ceux qui professent la jurisprudence le reproche d'avoir multiplié les subtilités, les compilations et les commentaires. Ce reproche peut être fondé. Mais dans quel art, dans quelle science ne s'est-on pas exposé à le mériter? Doit-on accuser une classe particulière d'hommes de ce qui n'est qu'une maladie générale de l'esprit? Il est des temps où l'on est condamné à l'ignorance parce qu'on manque de livres; il en est d'autres où il est difficile de s'instruire parce qu'on en a trop.

Si l'on peut pardonner à l'intempérence de commenter, de discuter et d'écrire, c'est surtout en jurisprudence. On n'hésitera point à le croire, si l'on réfléchit sur les fils innombrables qui lient les citoyens, sur le développement et la progression successive des objets dont le magistrat et le jurisconsulte sont obligés de s'occuper, sur le cours des événements et des circonstances qui modifient de tant de manières les relations sociales; enfin sur l'action et la réaction continue de toutes les passions et de tous les intérêts divers. Tel blâme les subtilités et les commentaires, qui devient, dans une cause personnelle, le commentateur le plus subtil et le plus fastidieux.

Il serait sans doute désirable que toutes les matières pussent être réglées par des lois.

Mais à défaut de texte précis sur chaque matière, un usage ancien, constant et bien établi, une suite non interrompue de décisions semblables, une opinion ou une maxime reçue, tiennent lieu de la loi. Quand on n'est dirigé par rien de ce qui est établi ou connu, quand il s'agit d'un fait absolument nouveau, on remonte aux principes du droit naturel. Car si la prévoyance du législateur est limitée, la nature est infinie; elle s'applique à tout ce qui peut intéresser les hommes.

Tout cela suppose des compilations, des recueils, des traités, de nombreux volumes de recherches et de dissertations.

Le peuple, dit-on, ne peut dans ce dédale démêler ce qu'il doit éviter où ce qu'il doit faire pour avoir la sûreté de ses possessions et de ses droits.

Mais le code même le plus simple serait-il à la portée de toutes les classes de la société? Les passions ne seraient-elles pas perpétuellement Page 257 occupées à en détourner le vrai sens? Ne faut-il pas une certaine expérience pour faire une sage application des lois? Quelle est d'ailleurs la nation à laquelle des lois simples et en petit nombre aient longtemps suffi?

Ce serait donc une erreur de penser qu'il pût exister un corps de lois qui eût d'avance pourvu à tous les cas possibles, et qui cependant fût à la portée du moindre citoyen.

(...)

Les matières criminelles, qui ne roulent que sur certaines actions, sont circonscrites ; les matières civiles ne le sont pas. Elles embrassent indéfiniment toutes les actions et tous les intérêts compliqués et

variables qui peuvent devenir un objet de litige entre des hommes vivant en société. Conséquemment, les matières criminelles peuvent devenir l'objet d'une prévoyance dont les matières civiles ne sont pas susceptibles.

En second lieu, dans les matières civiles, le débat existe toujours entre deux ou plusieurs citoyens. Une question de propriété, ou toute autre question semblable ne peut rester indécise entre eux. On est forcément de prononcer; de quelque manière que ce soit, il faut terminer le litige. Si les parties ne peuvent pas s'accorder elles-mêmes, que fait alors l'état? dans l'impossibilité de leur donner des lois sur tous les objets, il leur offre, dans le magistrat public, un arbitre éclairé et impartial dont la décision les empêche d'en venir aux mains, et leur est certainement plus profitable qu'un litige prolongé, dont elles ne pourraient prévoir ni les suites ni le terme. L'arbitre apparent de l'équité vaut encore mieux que le tumulte des passions.

Mais dans les matières criminelles, le débat est entre le citoyen et le public. La volonté du public ne peut être représentée que par celle de la loi. Le citoyen dont les actions ne violent point la loi, ne saurait donc être inquiété ni accusé au nom du public. Non-seulement alors on n'est pas forcés de juger, mais il n'y aurait pas même matière à jugement.

La loi qui sert de titre à l'accusation doit être antérieure à l'action pour laquelle on accuse. Le législateur ne doit point frapper sans avertir: s'il en était autrement, la loi, contre son objet essentiel, ne se proposerait Page 258 donc pas de rendre les hommes meilleurs, mais seulement de les rendre plus malheureux; ce qui serait contraire à l'essence même des choses.

Ainsi, en matière criminelle, où il n'y a qu'un texte formel et préexistant qui puisse fonder l'action du juge, il faut des lois précises et point de jurisprudence. Il en est autrement en matière civile: là, il faut une jurisprudence, parce qu'il est impossible de régler tous les objets civils par des lois, et qu'il est nécessaire de terminer, entre particuliers, des contestations qu'on ne pourrait laisser indécises sans forcer chaque citoyen à devenir juge dans sa propre cause, et sans oublier que la justice est la première dette de la souveraineté.

Sur le fondement de la maxime que les juges doivent obéir aux lois, et qu'il leur est défendu de les interpréter, les tribunaux, dans ces dernières années, renvoyaient par des référés les justiciables au pouvoir législatif, toutes les fois qu'ils manquaient de loi, ou que la loi existante leur paraissait obscure. Le tribunal de cassation a constamment réprimé cet abus comme un déni de justice.

Il est deux sortes d'interprétations : l'une par voie de doctrine, et l'autre par voie d'autorité.

L'interprétation par voie de doctrine, consiste à saisir le vrai sens des lois, à les appliquer avec discernement, et à les suppléer dans les cas qu'elles n'ont pas réglés. Sans cette espèce d'interprétation pourrait-on concevoir la possibilité de remplir l'office de juge?

L'interprétation par la voie d'autorité consiste à résoudre les questions et les doutes par la voie de règlements ou de dispositions générales. Ce mode d'interprétation est le seul qui soit interdit au juge.

Quand la loi est claire, il faut la suivre; quand elle est obscure, il faut en approfondir les dispositions. Si l'on manque de loi, il faut consulter l'usage ou l'équité. L'équité est le retour à la loi naturelle, dans le silence, l'opposition ou l'obscurité des lois positives.

Forcer le magistrat de recourir au législateur, ce serait admettre le plus funeste des principes; ce serait renouveler parmi nous la désastreuse législation des rescrits; car, lorsque le législateur intervient pour Page 259 prononcer sur des affaires nées et vivement agitées entre particuliers, il n'est pas plus à l'abri

des surprises que les tribunaux. On a moins à redouter l'arbitraire réglé, timide et circonspect d'un magistrat qui peut être réformé, et qui est soumis à l'action en forfaiture, que l'arbitraire absolu d'un pouvoir indépendant qui n'est jamais responsable.

Les parties qui traitent entre elles sur une matière que la loi positive n'a pas définie, se soumettent aux usages reçus ou à l'équité universelle, à défaut de tout usage. Or, constater un point d'usage et l'appliquer à une contestation privée, c'est faire un acte judiciaire et non un acte législatif. L'application même de cette équité ou de cette justice distributive, qui suit et qui doit suivre, dans chaque cas particulier, tous les petits fils par lesquels une des parties litigantes tient à l'autre, ne peut jamais appartenir au législateur, uniquement ministre de cette justice ou de cette équité générale, qui, sans égard à aucune circonstance particulière, embrasse l'universalité des choses et des personnes. Des lois intervenues sur des affaires privées seraient donc souvent suspectes de partialité, et toujours elle seraient rétroactives et injustes pour ceux dont le litige aurait précédé l'intervention de ces lois.

De plus, le recours au législateur entraînerait des longueurs fatales au justiciable, et, ce qui est pire, il compromettrait la sagesse et la sainteté des lois.

En effet, la loi statue sur tous: elle considère les hommes en masse, jamais comme particuliers; elle ne doit point se mêler des faits individuels ni des litiges qui divisent les citoyens. S'il en était autrement, il faudrait journalement faire de nouvelles lois; leur multitude étoufferait leur dignité et nuirait à leur observation. Le jurisconsulte serait sans fonctions, et le législateur, entraîné par les détails, ne serait bientôt plus que jurisconsulte. Les intérêts particuliers assiégeraient la puissance législative; ils la détourneraient, à chaque instant, de l'intérêt général de la société.

Il y a une science pour les législateurs, comme il y en a une pour les magistrats; et l'une ne ressemble pas à l'autre. La science du législateur consiste à trouver, dans chaque matière, les principes les plus favorables au bien commun: la science du magistrat est de mettre ces principes en Page 260 action, de les ramifier, de les étendre, par une application sage et raisonnée, aux hypothèses privées ; d'étudier l'esprit de la loi quand la lettre tue, et de ne pas s'exposer à être tour à tour esclave et rebelle, et à désobéir par esprit de servitude.

Il faut que le législateur veille sur la jurisprudence: il peut être éclairé par elle, et il peut, de son côté, la corriger; mais il faut qu'il y en ait une. Dans cette immensité d'objets divers, qui composent les matières civiles, et dont le jugement, dans le plus grand nombre de cas, est moins l'application d'un texte précis, que la combinaison de plusieurs textes qui conduisent à la décision bien plus qu'ils ne la renferment, on ne peut pas plus se passer de jurisprudence que des lois. Or, c'est à la jurisprudence que nous abandonnons les cas rares et extraordinaires qui ne sauraient entrer dans le plan d'une législation raisonnable, les détails trop variables et trop contentieux qui ne doivent point occuper le législateur, et tous les objets que l'on s'efforcerait inutilement de prévoir, ou qu'une prévoyance précipitée ne pourrait définir sans danger. C'est à l'expérience à combler successivement les vides que nous laissons. Les codes des peuples *se font avec le temps*; mais, à proprement parler, *on ne les fait pas*".

[69] Citado por Frosini (1991/103).

[70] Vide Frosini (1994/75-79).

[71] No utilizo aquí la expresión en el sentido de Kelsen.

[72] Vide Beaud (1994/19 ss.).

[73] Libro VI, capítulo 6.

[74] Vide Beaud (1994/193).

[75] El legislador.

[76] Cf. Mohnhaupt 2000/255.

[77] Sobre los acuerdos de la Casa de Suplicación, en Portugal; sobre el Instrumentum Pacis Osnabrugense, de 1648, que establecía el monopolio de interpretación del legislador del reino alemán; sobre el legislador del reino húngaro, en 1790; sobre este asunto en el ámbito de la Confederación Suiza; vide Mohnhaupt 2000/255-256.

[78] Vide Mohnhaupt 2000/258-259 y Gény 1919/83.

[79] Observa también Mohnhaupt (2000/260) que los "Hofdekrete", "Deklaratorien", "declaratoria", "les déclarations", la "declaración" y la "declaratory law" escocesa constituyen las declaraciones de la voluntad del regente que complementan, llenan los vacíos, interpretan y ajustan a la legislación a nuevas condiciones que emanen de él en su calidad de legislador, de tribunales y autoridades autorizadas, con poder vinculativo directo; representan una parte integrante de la "potestas legislatoria". Como regla, la garantía del monopolio legislativo e interpretativo se acompaña de la prohibición de las "Praejudicata" y del derecho consuetudinario contrario. El soberano procura, de esa manera, declarar su voluntad -y eso significa, su ley-, como la única norma vinculativa y, por lo tanto, también obstruir todas las demás fuentes de las que podría emanar derecho, inadvertidamente, con la vis obigandi inter omnes. La defensa contra fuerzas de efectos colaterales, creadoras de derecho, expresada a través de la restricción de la interpretación, se vuelve también contra los doctores, como veremos más adelante.

[80] Disponible in http://www.royet.org/nea1789-1794/archives/discours/bergasse_organisation_pouvoir_judiciaire_17_08_89.htm.

[81] El artículo 8 del Título Primero del primer Projet de l'Organisation du Pouvoir Judiciaire, Proposé à l'Assemblée Nationale par le Comité de Constitution (Badouin, París, sin fecha, pp. 10-11), establecía: "8. Les Cours de Justice ne pourront point faire de Règlemens; elles adresseront leurs représentations au Corps législatif toutes les fois qu'elles croiront nécessaire soit d'interpréter le sens douteux d'une Loi, soit d'en rendre une nouvelle". El apartado XII del artículo primero del Título primero del Nuevo Projet sur l'Ordre Judiciaire, Conforme aux bases décrétées par l'Assemblée Nationale, Proposé par le Comité de Constitution (Imprimerie de Vincent Teulieres, Montauban, 1790, p. 4) establecía: "XII. Ils [les Juges] ne pourront point faire de réglemens; mais ils adresseront leurs représentations au Corps Légitatif, toutes les fois qu'ils croiront nécessaire soit d'interpréter une loi, soit d'en faire une nouvelle".

[82] Artículo 256 de la Constitución del Año III.

[83] En 1804 el Tribunal de Casación empezó a llamarse Corte de Casación, en los términos de lo dispuesto por el artículo 136 del Sénatus-Consulte Organique du 28 Floréal An XII.

[84] Quiero señalar el hecho de que Neumann (1964/38) afirma que el artículo 4 de la Introducción al Allgemeines Landrecht prohibía las interpretaciones que entraran en conflicto con el sentido literal de

las palabras o de los contextos gramaticales en los cuales las leyes hubieran sido estructuradas.

[85] Cf. Lasserre-Kiesow (1998/216); Wieacker, en la traducción al portugués, señala que fue el 5 de julio de 1794.

[86] En 1714, Federico Guillermo I le dio el encargo a Christian Thomasius de preparar un código en un plazo de tres meses. Frustrado ese primer intento, en 1746 Federico II encomendó a Samuel Cocceji la elaboración de otro proyecto, el *Project des Corpus Juris Fridericiani*. Cocceji trabajó algunos años en este proyecto, que, sin embargo, quedó inconcluso. En 1780, Federico II retoma esta preocupación con la codificación y, en 1785, Carl Gottlieb Svarez, Johann Heinrich Casimir von Carmer y Ernst Ferdinand Klein le presentan un proyecto -*Entwurf eines Allgemeinen Gesetzbuchs für die Preussischen Staaten*- que en 1787 fue sometido a la crítica de los juristas alemanes y extranjeros. Después de que su redacción fue nuevamente trabajada por Svarez y Klein, su publicación estaba prevista para el 1º de junio de 1792, bajo el título de *Allgemeines Gesetzbuch für die königlich preussischen Staaten*. No obstante, bajo la presión de la nobleza, Federico II detuvo la publicación. Sin embargo, después de su muerte, bajo el reinado de Federico Guillermo II, se publicó el 5 de febrero de 1794, después de una revisión final del texto hecha por Von Carmer y Svarez (vide Lasserre-Kiesow 1998/215-216).

[87] Este precepto afirma, en la sección que me interesa destacar: "... los tres requisitos esenciales: ser conforme a las buenas razones, que he determinado que constituyen el espíritu de Mis Leyes: de que nada se les oponga en ninguna cosa: y de ser tan antiguo que sea más antiguo de cien años (...)".

[88] Vide Gény (1919/86).

[89] Este mismo pasaje lo transcribe Gény en su *Méthode d'interprétation* (1919/98-100).