

# MÉTODO DE INTERPRÉTACIÓN Y FUENTES EN DERECHO PRIVADO POSITIVO

POR

FRANCISCO GENY

Profesor de Derecho civil de la Universidad de Dijon

PRÓLOGO

DE

RAIMUNDO SALEILLES

PROFESOR DE DERECHO CIVIL DE LA UNIVERSIDAD DE PARÍS

«There are more things in heaven and earth...  
Than are dreamt of in your philosophy.»  
(SHAKESPEARE, *Hamlet*, acto 1.º, esc. 5.ª)

SEGUNDA EDICIÓN

MADRID.  
EDITORIAL REUS (S. A.)

Cañizares, 3 duplicado  
1925

Material reproducido únicamente con fines docentes

## SECCION I

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA NOCIÓN DE CODI-  
FICACIÓN EN EL DERECHO FRANCÉS MODERNO

37. Hay que dirigirse, sin duda alguna, a los mismos orígenes de la legislación codificadora para recoger la concepción primitiva que ha influido en todo el desarrollo ulterior. Y en lo concerniente en particular a nuestra codificación francesa, no me ofrece duda que el concepto singular que muchos tienen hoy, según lo consignado anteriormente (núms. 28 y 29), tiene su fundamento en ciertas ilusiones revolucionarias, que aun cuando negadas después, no dejan de haber ejercido influjo sobre el espíritu contemporáneo. Precizando más: creo percibir dos consideraciones principales que han debido determinar este resultado: una de carácter un poco vago, pero de influencia profunda, sin embargo, que arranca de las circunstancias históricas y

(1) Comp. Savigny, [*La vocación...*], ob. cit., p. 5 y 6, *in fine*, páginas 87-88.

políticas, en medio de las cuales tuvo entre nosotros lugar la codificación; la otra, de índole técnica, de efectos menos amplios, pero en cambio más decisivos a los ojos de los juristas, que guarda relación con diversas disposiciones de nuestra legislación positiva, que se dirigían a preparar el planteamiento de nuestras leyes codificadas.

38. Ante todo, el momento histórico en que apareció en Francia la codificación, ha producido grandes consecuencias para favorecer en la opinión pública un concepto excesivo de su misión. En vez de aparecer en uno de esos períodos históricos normales de calma que consideraba Savigny (1) como los únicos favorables a su planteamiento, surgió en una época de extrema turbulencia, en los comienzos de una situación política fundada en bases completamente nuevas. Es decir, que el Código civil, sobre todo y desde su nacimiento, ha aparecido como una de las obras capitales de la Revolución. No puede ponerse en duda que el gran movimiento político y social de fines del siglo XVIII (en lo relativo a la unificación y armonía, necesitadas en las instituciones privadas) (2), contribuyó a realizar con no sospechada rapidez la condensación, y en parte la renovación de nuestra legislación civil. Sabido es también que todas las Asambleas revolucionarias contribuyeron a esta obra, a la que puso término el Consulado y el Imperio (3).

Pues bien: todas estas circunstancias han pesado y contribuido a la creencia de que iba unido a los códigos el espíritu exageradamente innovador y definitivo de la época, y que con ellos se inauguraba una nueva era. Ellos acabaron de destruir el puen-

(1) *Von Beruf unsrer Zeit*, [La vocación...] 3.<sup>a</sup> ed., 1840, p. 26.

(2) Acerca de la concordancia necesaria entre el derecho privado con las nuevas instituciones políticas, véase Savigny, *Vom Beruf unsrer Zeit*, p. 16. También P. Lombard, *Discours sur le Code civil allemand*. Sesión de inauguración de la Universidad de Nancy el 19 de Noviembre de 1896. Nancy, 1897, p. 24-25.

(3) Véase Portalis, *Exposé des motifs au Corps législatif*, el 28 ventoso año XII, de la ley de 30 ventoso año XII. Fenet, *Recueil complet des trav. préparat. du Code civil, Précis historique*, p. 98-99. Ph. Sagnac, *La législation civile de la Revolution française*, 1898, p. 47-55, 381-395.

te que hubiera podido servir de comunicación entre el pasado y el presente: y como el espíritu sectario condujo a la pretensión de renunciar a todo apoyo tradicional, parecía de necesidad atribuir a la nueva obra, en forma de estas leyes de conjunto reputadas por perfectas y completas, una solidez tal, que llevara en derecho a reconocer el imperio soberano y exclusivo de sus disposiciones (1). Con ello, además, se guardaba fidelidad al espíritu del siglo XVIII (2), demasiado confiado en la naturaleza y la razón, para poder dudar de la posibilidad de semejante colosal esfuerzo (3). Acaso también se cedía a esa fascinación del entusiasmo que en momentos determinados hace creer que se ha llegado a la cima del progreso, y que con vista firme se descubre el porvenir entero (4).

39. Ya Montesquieu, presintiendo un gobierno libre, había marcado con frase enérgica la supremacía de la ley respecto a las resoluciones que la aplican. «Cuanto más se aproxima un gobierno al régimen republicano, tanto más uniforme llega a ser la manera de juzgar... Es de esencia en la constitución del gobierno republicano el que los jueces se atengan a la letra de la ley. Y no hay ciudadano contra el cual pueda interpretarse una ley, cuando de sus bienes, su honor o su vida se trate» (5). Y

(1) Véase K. Binding, *Handbuch de strafrechts*, t. 1, 1885, p. 16.

(2) Más bien de esta fase social que llaman los alemanes *Aufklärungszeit*.—Véase también Ch. Adam, *La Philosophie en France*, 1894, página 55. «Pero el siglo XVIII no quería limitar sus miradas al presente y subvenir sólo a las necesidades del día; nada más lejos de él que esta concepción de las Sociedades en perpetuo cambio, de que pronto hubo de tocar las consecuencias a sus expensas, sino que soñaba con la fijeza; la misma perfectibilidad no le satisfacía; quiso la perfección.» Ibid., p. 49.

(3) Véase en este sentido un significativo párrafo de Savigny. *Vom Beruf unsrer Zeit*, p. 4-5.—Comp. H. Taine, *L'ancien régime*, lib. 3, *L'esprit et la doctrine*, ob. cit., t. 1, p. 221-328. P. Ertmann, ob. cit., p. 10.—El mismo espíritu en forma un poco diferente ha influido la redacción, del *Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten* de 1794. Véase E. I. Bekker, ob. cit., p. 6-8.

(4) Savigny, ob. cit., § 26 *in fine*, p. 157-58. Morelli, ob. cit., 1893, § 40, p. 293-94.

(5) *Esprit des lois*, lib. 6, cap. 3, ed. Garnier, p. 73.

añade: «Si los tribunales no deben ser fijos, las resoluciones deben serlo de suerte tal, que jamás sean otra cosa que un texto concreto de la ley. Si no fueran más que la opinión particular del juez, la sociedad viviría sin saber las obligaciones que contrae» (1).

La Asamblea constituyente se apoderó de estas ideas, y generalizándolas las extremó. Deseosa de precipitar todas las reformas, anticipa, descuenta, digámoslo así, la codificación próxima, y está preocupada constantemente con la idea del imperio absoluto de la ley en el orden jurídico. Ya en el famoso decreto de 4-II de Agosto de 1789, anunció (art. 10) sus propósitos de fundir todos los privilegios particulares de las provincias en el *derecho común de todos los franceses* (2). Y al acometer la obra de una nueva Constitución, la elaboró previendo esta legislación completa, soberana, suficiente para todo, cuyo inmediato advenimiento tenía por cosa cierta. Y esta preocupación de los constituyentes, reforzada además con una concepción exigida acerca de la separación de poderes, tradújose de manera muy técnica y muy precisa en ciertas disposiciones legislativas que están contenidas en los decretos relativos a la organización judicial; disposiciones que conviene examinar con tanto mayor motivo, cuanto que pueden considerarse como las que han facilitado una base jurídica y positiva a este concepto exagerado de la codificación, que trato de poner en claro (3).

40. Primero el decreto orgánico de 16-24 de Agosto de 1790, que consagra el principio de la separación de poderes,

(1) *Esprit des lois*, lib. 11, cap. 6, ed. Garnier, p. 144.—Comp. J. J. Rousseau. *Contrat social*, lib. 2, cap. 6, 7.

(2) Comp. la declaración del *Tercer Estado* (Comunes) en la sesión de 17 de Junio de 1889: «... todavía es indispensable fijar lo que le corresponde y lo que no le corresponde (a la Asamblea): interpretar y representar la voluntad general; no puede existir entre el Trono y esta Asamblea ningún veto, ningún poder negativo.» *Archives parlementaires*, 1.<sup>a</sup> serie, t. 8, p. 126, col. 1 *in fine*.

(3) Relaciónase desde el punto de vista penal la tendencia al automatismo del juez en el Código penal de 1791. R. Saleilles, *L'individualisation de la peine*, 1898, p. 52.

y preocupado en estorbar las usurpaciones del poder judicial sobre el legislativo (tít. II, art. 10), reserva celosamente a la Asamblea legislativa, no sólo el derecho de dictar toda disposición de carácter general, sino también el de interpretar la ley (tít. II, art. 12). Nótese bien que esto no es la simple aplicación de la máxima antigua y siempre exacta: *Ejus est interpretari legem cujus est condere*. Porque en su recta interpretación, este principio no significa otra cosa que una interpretación oficial y de carácter general de la ley, que posee también valor legislativo (*interpretación legal o auténtica*); la citada disposición del decreto de 1790 exagera y acaso desnaturaliza una regla anteriormente establecida referente a la interpretación de las Ordenanzas reales (ordenanza de Abril de 1667, tít. I, art. 7.<sup>o</sup>), y está informada en un principio esencialmente restrictivo, y su fin es limitar la libertad de la interpretación judicial (*interpretación doctrinal in concreto*) (1).

(1) Esto me parece resultar con claridad del examen de los diferentes proyectos y de la discusión legislativa del decreto de 16-24 de Agosto de 1790. Véase el primer proyecto presentado por Bergasse el 17 de Agosto de 1789 en nombre del Comité de la Constitución, tít. 1, art. 9.<sup>o</sup>, *Archives parlementaires*, 1.<sup>a</sup> serie, t. 8, pág. 446.—Segundo proyecto presentado por Thouret el 22 de Diciembre de 1798, en nombre del mismo Comité, tít. 1, art. 8, *Arch. parl.*, 1.<sup>a</sup> serie, t. 10, p. 725, y nuevo proyecto, tít. 1, art. 12, ídem, p. 735.—Proyecto de Chabroud, presentado el 30 de Marzo de 1790, tít. 1, art. 8, ídem, 1.<sup>a</sup> serie, t. 12, p. 451-52.—Discusión del artículo 12, tít. 1, del proyecto del Comité de la Constitución el 5 de Julio de 1790, *Arch. parl.*, 1.<sup>a</sup> serie, t. 16, p. 703-704.—En suma: la idea de la Constituyente parece haber sido que los Tribunales debían limitarse a *aplicar* la ley en sus resoluciones claras y precisas, sin poder *interpretar* en caso de dificultad real y seria acerca de su extensión. Entre estos dos términos, *aplicación* e *interpretación*, no deja de ser delicada la distinción. Pero sabido es que una distinción análoga es necesaria hoy día en lo relativo a la apreciación de los actos administrativos sometidos incidentalmente a los Tribunales judiciales: Laferrière, *Traité de la juris-diction administrative et des recours contentieux*, 2.<sup>a</sup> ed., 1896, t. 1, p. 498-99. El mismo autor, t. 2, p. 46-52, sobre la misión de los Tribunales en materia de Tratados internacionales concernientes al derecho privado. Véase también, en cuanto a este último punto, Crim. cass. 27 Julio 1877. D. P. 78-1-137. Bajo la Convención, el decreto de 4-16 frimario año II, sec. 2,

De todas suertes, apareció la institución del *référé legislativo*, no sólo facultando a los jueces (*référé facultativo*) para remitir al legislador la resolución de una cuestión jurídica, dejada en duda por el legislador en el texto legal (1), sino exigiéndolo para ciertos casos (*référé obligatorio*), cuando a causa de contradicciones judiciales que revelasen un conflicto flagrante de autoridades sobre una misma cuestión de derecho, se pusiera de manifiesto un evidente vacío en la ley (art. 21, al. 2 del decreto de 27 de Noviembre, 1.º de Diciembre de 1790, exigiendo la institución de un Tribunal de casación y Constitución de 3-14 de Septiembre de 1791, tít. III, cap. V, art. 21). ¿No era esto la manifestación clarísima del pensamiento de que en lo futuro todos los factores de soluciones jurídicas debía facilitarlos la ley? ¿Y esta idea no se hallaba expresamente unida a la promesa formalmente hecha de una codificación general en el decreto de 16-24 de Agosto de 1790 (tít. II, arts. 19-21) renovando en parte una de 5 de Julio de 1790, y reiterada también por la Constitución de 3-14 de Septiembre de 1791 (tít. I, *in fine*), y más tarde por la de 24 de Junio de 1793? (art. 85).

41. La misma idea, más profunda, aunque quizá más sutilmente, volvemos a encontrar expuesta en una institución coetánea, enlazada íntimamente con las precedentes, y que no podemos dejar de ocuparnos de ella, en cuanto que constituida sobre bases sólidas en 1790, ha conservado hasta nuestros días su ca-

art. 11, que veda a toda autoridad la interpretación de las leyes, que reserva sólo a la Convención. En sentido contrario, Merlin, *Répertoire*, 5.ª interpretación, n. 3, 5.ª ed., 1827, t. 8, p. 562. En nuestro sentido, O. Gierke, ob. cit. § 18, n. 50, t. 1, p. 140. Mailher de Chassat, ob. cit. § 158, p. 258-60 y § 157, p. 256-58.

(1) Esta peligrosa facultad, deducida del artículo 12, tít. 2, D. 16-24 Agosto 1790, fué además prudentemente limitada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. V. Merlin, *Répertoire*, 5.º *Référé* al legislador Fuzier Hermann, *Code civil annoté*, sobre el art. 4.º, n. 1-9. En el año IV el Ministro de Justicia había tomado diferentes medidas para restringir la facultad de usar del *référé* al Poder legislativo. Véanse las observaciones sobre la ley de 16 de Septiembre de 1807, en Sirey, *Recueil général des lois et arrêts*, t. 8, 2, p. 39.

rácter e influencia esenciales. Aludo al Tribunal de Casación, a la misión característica que se le atribuyó de supremo regulador del derecho y a su intervención en los litigios suscitados por el conflicto de intereses privados.

Sabemos que la Asamblea constituyente, manteniendo su pensamiento de unificación jurídica y con el fin de asegurar el respeto a la ley mediante una superior fiscalización, completó la reforma judicial, que en su mayor parte estaba contenida en el decreto de 16-24 Agosto de 1790, mediante la organización del Tribunal de Casación, por las leyes de 27 de Noviembre, 1 de Diciembre de 1790; y que desde el planteamiento de esta última el Tribunal de Casación sustituyó completamente al antiguo Consejo de partes (*Conseil des parties*), del cual tomó únicamente algunas reglas de procedimiento y de régimen interno (art. 28, decreto de 27 Noviembre, 1 de Diciembre 1790). Si fundamentalmente y por su razón de ser, existía analogía entre ambas instituciones, pronto se marcó una divergencia total en la misión y en las tendencias, la cual no ha hecho más que acentuarse con el tiempo (1). Mientras que el antiguo recurso al Consejo privado del Rey, de hecho y de derecho tenía el carácter de procedimiento excepcional y extraordinario, destinado exclusivamente a reparar lo dispuesto en las ordenanzas (2), de con-

(1) Para convencerse de la distancia que hay entre el Tribunal de Casación tal como funciona hoy y el antiguo Consejo de partes, basta comparar la corta estadística de los negocios sometidos a este último y de los negocios resueltos por él, tal como la presentó Gossin a la Asamblea Constituyente el 12 de Agosto de 1790 (*Archives parlementaires*, 1.ª serie, t. 17, p. 739, col. 1), con el resultado de las últimas estadísticas anuales sobre la *Administration de la justice civile et commerciale* que pone completamente de relieve el preponderante papel que ha adquirido en nuestra práctica judicial el Tribunal de Casación. — Sobre las causas de la menor influencia del antiguo Consejo de partes, véase E. Glasson en la *Grande Encyclopedie*, V. Cassation, t. 9, p. 680, col. 2, *in fine*, y p. 681 col. 1, *initio*.

(2) Tolozan, *Règlement du conseil*, París, 1786, en 4.º, p. 260. — *Memoires a Luis XIV*, de Joly de Fleury y de Gilbert des Voisins, reproducidas por Henrion de Pansey. *De l'autorité judiciaire*, cap. 31, sec. 10, en sus *Oeuvres judiciaires*, ed. de 1844, p. 635, col. 2, y p. 626, col. 1. — Decre-

diciones mal definidas y consiguientemente muy raras veces utilizado; algo arbitrario siempre en el ejercicio y en el resultado; nuestro recurso de casación moderno, permaneciendo de derecho extraordinario, ha llegado a ser de uso frecuente, muy preciso en su aplicación y en sus trámites, tan seguro para el que aboga como preciso para el intérprete; lleva a cabo la rectificación jurídica universal, que hoy nos parece la misión necesaria de nuestra jurisprudencia suprema.

Si escrudiñamos el pensamiento fundamental que inspiró el establecimiento del Tribunal de Casación, no es posible dudar de que la Asamblea constituyente pretendió formalmente limitar su función a la vigilancia estricta y severa del mecanismo judicial en la aplicación de las leyes con que se pretendió dotar completamente a Francia en plazo breve. Esto nos lo pone por entero de manifiesto la totalidad de la ley de 27 de Noviembre 1.º de Diciembre de 1790, aclarada por la discusión legislativa. El art. 1.º dice: «Se establecerá un Tribunal de Casación cerca del Cuerpo legislativo.» (Comp. Constitución del 3-14 de Septiembre de 1791, tit. III, cap. V, art. 19.) Y el sentido de esta disposición que nos revelan muchos oradores (1), es que el Tribunal de Casación no formase parte, verdaderamente, del Poder judicial, sino lugar separado y más alto que éste, algo así como una prolongación del legislativo, el cual delega en él en cierto modo para el efecto de vigilar, de fiscalizar de *inspeccionar*, como llegó a decirse, la aplicación de la ley. Oigamos, por ejemplo, al ponente del decreto, Le Chapelier, la explicación del estado de ánimo del Comité de Constitución, en nombre del

to del Consejo de 18 de Diciembre de 1775, Isambert, *Recueil, général des anciennes lois françaises*, t. 23, p. 290.—Henrion de Pansey, ob. cit., p. 638. E. Chenon, *Origines, conditions et effets de la cassation*, 1882, n. 21 páginas 60-64.

(1) Discurso en la Constituyente, el 25 de Mayo de 1790, de Goupil de Préfeln, Garat l'ainé, Chabroud, *Archiv. parlem.*, 1.ª serie, t. 15, página 668, col. 1; p. 679, col. 1 y 2. Discurso de Robespierre de 9 Noviembre 1790; de Goupil, de 10 Nov. 1790, *Arch. parlem.*, 1.ª serie, t. 20, p. 336, col. 2, y p. 350, col. 2.

cual presentaba el proyecto: «...Cree el Comité que la casación de las sentencias contrarias a la ley no es un derecho del Poder ejecutivo, al cual corresponde sólo el de castigar al juez, sino que debía atribuirse a un Tribunal de Casación, que, situado entre los tribunales y la ley, quede encargado de la vigilancia completa de la ejecución. Este derecho de vigilancia debe conferirlo el Cuerpo legislativo, porque a la facultad de dictar la ley sigue naturalmente la de vigilar su observancia, de tal suerte, que si esto fuera posible, lo verdaderamente ajustado a los principios sería que las sentencias contrarias a la ley se casasen por decreto...» (1).

Es verdad que la consecuencia lógica de estas ideas, que era el elegir directamente el Cuerpo legislativo los miembros del Tribunal Supremo, no fué admitida, y que se aplicó el sistema de elección común a todos los jueces, el de elección popular (2), con el fin, parece, de sustraerse a la dificultad de una coparticipación difícil entre el Rey y la Asamblea (3). Pero no por eso se dejó de persistir en reputarlos ajenos al orden judicial y en dependencia estrecha del Cuerpo legislativo (V. principalmente los artículos 24 y 29 del decreto de 27 de Noviembre-1.º de Diciembre de 1790.—Constitución de 3-14 de Septiembre de 1791, tit. III, cap. V, art. 22; Constitución del 5 de fructidor, año III, art. 257) (4).

Pero aparte de sus secundarias atribuciones, que acusan ya su supremacía sobre el Poder judicial (art. 2); aparte también de su fiscalización sobre el procedimiento, ¿cuál era la misión pro-

(1) Sesión de 25 Octubre 1790, *Arch. parlem.*, 1.ª serie, t. 20, p. 22, columna 2.

(2) Sesión de 11 Noviembre 1790. *Arch. parlem.*, 1.ª serie, t. 20, página 370, col. 2.

(3) Complemento de la ley de 27 Noviembre-1.º Diciembre 1790; forma de la elección del Tribunal de Casación.

(4) Comp. acerca de esto: E. Alglave. *Action du Ministère public et Théorie des droits d'ordre public en matière civile*, 2.ª ed., 1874; t. 1, p. 564 y 636-640; Apéndice, nota 2, bajo este título: Las atribuciones del Tribunal de Casación ¿pertenece al Poder legislativo o al judicial? Historia.—L. Duguit, en la *Revue d'Economie politique*, 1893, t. 7, p. 582-594.

pia del Tribunal de casación? Como decía el art. 3.º, el anular «toda sentencia que contuviese una violación expresa del texto de la ley». La limitación de atribuciones, contenida en esta disposición, era capital en el sentido de la ley orgánica. No sólo se prohibía formalmente al Tribunal de Casación «el conocer del fondo del asunto» (art. 3, párr. 3), sino que no debía casar, más que cuando hubiese una infracción flagrante de la ley (arts. 17 y 24). Además, todos los oradores estaban de acuerdo sobre este punto (1). Este pensamiento además se enlazaba con la esperanza de una codificación próxima, como claramente lo dejaba traslucir el art. 3.º, párr. 2: «Y hasta la formación de un Código único de leyes civiles, la infracción de las formas procesales prescritas bajo pena de nulidad, y la violación de las leyes particulares de los diferentes territorios del Imperio, darán lugar al recurso de casación.»

¿No encontramos en el conjunto de estas disposiciones la manifestación implícita, pero clara, de la idea que procuramos percibir, o sea que en una legislación codificada enteramente, como la que se preparaba, todo derecho reconocido debía emanar de la ley, cuando al hacer del Tribunal de Casación el árbitro supremo de las dificultades jurídicas, se limitaba su misión a vindicar el texto legal?

42. Y se percibe al mismo tiempo que estas disposiciones tienen estrecha relación lógica con la institución mencionada más arriba, del *référé legislativo obligatorio*, organizado por el mismo decreto (art. 22, párr. 2) y que formaba parte de igual concepción.

Tomado en su conjunto, el sistema puede exponerse así: la ley se impone a los tribunales, y debe bastarles para deducir el derecho; si los jueces que entienden en el fondo la desconocen abiertamente, el Tribunal de Casación está ahí para anular sus

(1) Sesión de 12 Agosto 1790. Thoret, Ponente, y Gossin: *Arch. parlem.*, 1.ª serie, t. 17, p. 737, col. 1 y 2. — Sesión de 9 Noviembre 1790, Prugnon y Chabroud: *Arch. parlem.*, 1.ª serie, t. 20, p. 333, col. 2, y p. 337, col. 2. — Sesión de 10 Noviembre 1790, Prieur: *Arch. parlem.*, t. 20, p. 351, col. 2.

decisiones. Si a pesar de esta censura, persiste la resistencia de los tribunales ordinarios hasta el caso de requerirse una segunda casación, hay lugar a presumir que la ley es oscura o insuficiente en la materia litigiosa; el Tribunal de Casación entonces deberá suscitar una interpretación oficial y obligatoria por parte del Poder legislativo, único competente para resolver todos los problemas jurídicos.

Semejante sistema implicaba evidentemente que la ley en la esfera jurídica debía bastar para todo, y que de todas maneras el intérprete no estaba autorizado a buscar fuera de ella los principios destinados a resolver los conflictos que se suscitaban ante él (1).

Además, esta concepción legislativa de la Constituyente no fué un fenómeno sin ejemplo. Se había producido ya, con análogas consecuencias, con motivo de codificaciones célebres. Son conocidas las famosas Constituciones de Justiniano, declarando perfecta su obra legislativa, impidiendo todo comentario privado y reduciendo la función del juez a términos casi mecánicos, y reservando sólo al Emperador la interpretación de las dudas que pudiera suscitar el sentido de la ley (c. 1, § 2; c. 2, § 21; c. 3, § 21; C. *De veteri jure enucleando*, l. 17 y c. 12, § 1, C. *De legibus*, l. 14) (2). En época más reciente y próxima a nuestra Revolución, en 1786, una disposición del mismo género había promulgado José II para Austria (3). En Prusia, precedieron orde-

(1) También véase el art. 228, *in fine*, de la Constitución de 5 fructidor, año III, que exige la manifestación expresa en todas las resoluciones de «los términos de la ley aplicada». — Y entre las deducciones que pueden hacerse de este texto, véase G. Delisle, *Traité de l'interprétation juridique* § 46, t. 1, p. 127.

(2) Sobre estas Constituciones de Justiniano, véase Savigny, *Traité...* obra cit., § 26, 47, 48, p. 155-56 y 294-304. — Véanse las disposiciones promulgadas por Pío IV después del Concilio de Trento, principalmente la Bula de confirmación «Benedictus Deus». Hübler, *Kirchliche Rechtsquellen*, 1888, p. 41.

(3) *Josephinische Gesetzbuch*, de 1.º Noviembre 1786, l. § 24. — Véase también en sentido contrario el art. 7.º del Cód. austriaco de 1851, reproducido en *Westgalinisches Gesetzbuch* de 1797, l. § 18.

anzas análogas a las de Justiniano, dictadas por Federico II (1), al planteamiento del *Allgemeines Landrecht*, y llevaron a este Código algunas disposiciones claramente restrictivas de las atribuciones de los jueces (2).

Lo que puede extrañarnos es que semejantes disposiciones se dictasen anticipadamente, cuando no estaba formado todavía un plan de codificación. Acaso esta circunstancia puede también explicar la ingenua ceguera que arrastraba toda la legislación hacia un ideal quimérico, que no tardaron en rechazar espíritus más maduros y más previsores.

## II

43. Hemos ya obligados a interrogarnos cuál ha sido la suerte definitiva del movimiento legislativo que acabamos de bosquejar. Y sin examinar aún la cuestión desde el punto de vista de los principios, sin investigar ahora con los textos a la vista si debemos considerarnos obligados por una concepción tan evidentemente utópica como la de la Constituyente, encerrándonos por el momento en el campo de la historia, vamos a ver si estas ideas o estos actos del período intermedio conservan hoy algún valor imperativo, o por lo menos, alguna autoridad seria que pueda influir en el momento presente sobre nuestro método de interpretación jurídica.

Bajo este aspecto, nuestra atención debe fijarse principalmente y ante todo en las instituciones positivas organizadas por

(1) Savigny, *Vom Beruf unsrer Zeit*, 3.<sup>a</sup> edic., 1840, p. 87-88.

(2) *Allgemeines Landrecht Publikationspatent*, art. XVIII, Introducción, § 47, 48, 50 y 52. Estas disposiciones fueron además muy pronto atenuadas (Kab.-Ordre 8 Marzo 1798). *Erster Anhang zum Landrecht*, Berlín, 1803, § 2, ad. § 48 de la Introducción. Los últimos vestigios no se han borrado sino por un rescripto de 18 de Abril de 1840, que reconoció plena independencia a los Tribunales prusianos para la interpretación de las leyes. Sobre todo, véase Savigny, *Von Beruf*, p. 88-89; *Tratté*, etcétera, t. 1, p. 231.—Förster-Eccius, ob. cit., t. 1<sup>a</sup>, 1887, p. 26 y 70.

las disposiciones legales que acabo de resumir. Hemos visto que esencialmente se reducen a dos estas instituciones: una el *référé* legislativo, bien facultativo, bien obligatorio, que limita el campo de la interpretación judicial y parece reservar al legislador únicamente toda decisión verdaderamente jurídica; otra la misión reguladora del Tribunal de Casación, combinada con la regla de no admitir su censura sino en los casos de desconocimiento formal de la ley.

44. En lo relativo al *référé* del legislador, no creo que pueda seriamente nadie pensar en reconocerle hoy la menor influencia positiva en la aplicación de nuestro derecho. Por que ha tiempo, y a consecuencia de decisivas experiencias, ha desaparecido de nuestras leyes.

Primeramente el *référé*, admitido como facultativo para los tribunales, permisivo para suspender el fallo, por razón de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, (arg. decreto del 16-24 de Agosto de 1790, tít. II, art. 12), después de restringir su aplicación notablemente por la jurisprudencia suprema (1), fué simplemente suprimido por el art. 4 del Código civil (2).

En cuanto al *référé* obligatorio para el caso de conflicto manifiesto por dos decisiones sucesivas en el mismo asunto sometidas a la censura del Tribunal de Casación (decreto de 27 de Noviembre-1.<sup>o</sup> Diciembre de 1790, art. 21, párr. 2), agravado en su ejercicio por la Constitución de 5 de fructidor, año III (art. 256), suspendido después quizá por la ley de 27 ventoso, año VIII (art. 78) (3), en todo caso consagrado de nuevo y (sal-

(1) Merlin, *Répertoire*, V. *Référé* al legislador.—Fuzier Hermann, obra citada, sobre el art. 4.<sup>o</sup>, núms. 1-9.—Ad. *Discours préliminaire du projet de Code civil*, Fenet, ob. cit., t. 1, p. 474.

(2) Véanse *Discours préliminaires*, Fenet, t. 1, p. 474-76.—Berlier, *Discours au Corps législatif* el 24 frimario, año x.—Fenet, t. 6, p. 335-36.—Faure, *Discours au Corps législatif* el 14 ventoso, año xi.—Fenet, t. 6, páginas 386-388.—Estos diversos pasajes, el primero sobre todo, condenan también y con razones decisivas el *référé* obligatorio.

(3) Consúltese Merlin, *Répertoire*, V. Interpretación, n. 3, 5.<sup>a</sup> edición, t. 8, 1827, p. 563-64. Comp. el sistema establecido en el reino de las Dos Sicilias, según A. Morelli, ob. cit., p. 461-62.

vo el cambio de competencia de que voy a hablar) vuelto casi a su organización primera por la ley de 16 de Septiembre de 1807, vivió más tiempo. Es verdad que después de la Constitución del 22 frimario, año VIII (art. 52), o a lo menos del decreto de 5 nivoso, año VIII (art. 11), la misión de interpretar las leyes pasó de las Cámaras legislativas al Consejo de Estado. Pero este simple traslado de poderes, que se mantuvo aun después de la Carta de 1814 (1) para el caso especialmente regulado por la ley de 16 de Septiembre de 1807, de un conflicto de decisiones judiciales, necesitando en el litigio una interpretación de autoridad (informe del Consejo de Estado de 23 de Noviembre-17 de Diciembre de 1823), en nada altera el principio que parecía impedir a los tribunales en caso de «insuficiencia y oscuridad invencible en la legislación existente» de estatuir una regla jurídica autónoma, falta del necesario apoyo legal (2). Sea de ello lo que quiera, ya muy quebrantado en su extensión práctica por la ley de 30 de Julio de 1828, este principio fué derogado definitivamente por la ley de 1.º de Abril de 1837 (art. 4).

Impúsose esta reforma a causa de una tan larga como decisiva experiencia. En realidad, el *référé* no pudo practicarse sino

(1) Votóse, sin embargo, una resolución por las dos Cámaras en 1814 (el 21 de Septiembre la de Diputados, el 11 de Octubre la de los Pares) con objeto de suplicar al Rey que presentase un proyecto de ley derogando la de 10 de Septiembre de 1807 y volviendo casi al sistema de la de 1790. Los debates relativos a esta resolución en las dos Cámaras (*Arch. parlem.*, 2.ª serie, t. 12, p. 235-36, 643-47, 653-60, 679; t. 13, páginas 122-133) demuestran la persistencia de las ideas de la Constituyente acerca de la interpretación de las leyes, rehusada al Poder judicial y reservada al legislativo. Véase principalmente Discursos de MM. Dumolard y Faget de Baure en la Cámara de Diputados, *Arch. parlem.*, 2.ª serie, t. 12, p. 234, 653-54.

(2) Véase *Exposé des motifs* de la ley de 30 de Julio de 1828, presentado a la Cámara de Diputados el 25 de Marzo de 1822, *Arch. parlem.*, 2.ª serie t. 53, p. 153, col. 1.—Y acerca del Informe del Consejo de Estado de 1823: *Rapport* sobre la ley precitada de M. Calemard de Lafayette a la Cámara de Diputados el 10 de Mayo de 1828, *Arch. parlem.*, 2.ª serie, t. 53, p. 743, col. 2. Discurso del Conde Molé, ponente de la misma ley en la Cámara de los Pares, el 24 de Julio de 1828, *Arch. parlem.*, 2.ª serie, t. 56, p. 388, col. 2.

muy raras veces; particularmente durante el tiempo en que la facultad de interpretar perteneció a las Cámaras legislativas (no al Consejo de Estado), estaban ocupadas éstas en asuntos más urgentes, y repugnaban también frecuentemente el ocuparse de estas proposiciones emanadas del conflicto de intereses particulares (1). Además, el resultado más claro del *référé*, nunca fué otro que un forzoso entorpecimiento, muy perjudicial a esos litigantes, en la administración de justicia. Esto se comprobó muchas veces en la preparación de las leyes de 30 de Julio de 1828 y de 1.º de Abril de 1837 (2). No fué necesaria ésta

(1) V. Chénón, *Origines, conditions et effets de cassation*, París, 1882, p. 72: «El Cuerpo legislativo tenía demasiado importantes ocupaciones para detenerse a resolver conflictos cuyo interés raramente era general. Los envíos de esta clase se acumularon, y de hecho los Tribunales ordinarios fueron los que dijeron siempre la última palabra.» El sistema del *Allgemeines Landrecht* (Introd., § 47-48), que consistía en someter las dudas invencibles a la Comisión de leyes (*Gesetzcommission*), no parece que dió mejores resultados, porque establecido en 1794, se modificó notablemente por un *Kabinettsordre* de 8 de Marzo de 1798 (*Anhang zum Landrecht*, § 2 y 48 de la Introd.) V. P. von Roth, *System des deutschen Privatrecht*, § 49, n. 2, t. 1, p. 272.—Förster-Eccius, ob. cit., § 2, t. 1, p. 70.—Ed. Heilfron, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des bürgerlichen Gesetzbuch*, t. 1, 1897, § 5, n. 6, p. 36.

(2) Véase para el período anterior a 1828: *Exposé des motifs* de la ley de 30 de Julio de 1828, presentada a la Cámara de Diputados el 25 de Marzo de 1828, *Arch. parlem.*, 2.ª serie, t. 53, p. 154, col. 2.—*Rapport* de M. Calemard de Lafayette a la misma Cámara el 10 de Mayo de 1828, *Arch. parlem.*, t. 53, p. 774, col. 1 *in fine*, y col. 2.—*Exposé des motifs* a la Cámara de los Pares de 3 de Julio de 1828, *Arch. parlem.*, t. 55, p. 553, col. 2.—Y para el período de 1828 a 1837, *Exposé des motifs* de la ley de 1.º de Abril de 1837, presentada a la Cámara de los Pares el 25 de Enero de 1837, *Moniteur* de 26 de Enero, p. 172, col. 3 *in medio*.—Discurso del Ministro de Justicia Persil en la misma Cámara el 21 de Febrero de 1837, *Moniteur* de 22 de Febrero, p. 353, col. 2 *in fine* y col. 3 *initio*.—*Rapport*, de M. Parant, en la Cámara de Diputados, el 14 de Marzo de 1837 *Moniteur* de 15 de Marzo, p. 575, col. 3 *in fine*.—Discurso del Ministro de Justicia, en la misma Cámara, el 30 de Marzo de 1837, *Moniteur* de 31, p. 743. Observaciones del Procurador general Dupin, en el Tribunal de Casación, trasladadas en Sirey, bajo la ley de 1.º de Abril de 1837, *Lois annotées*, 2.ª serie, 1831-48, p. 349 nota, col. 1 *in fine*.



para llegar al convencimiento, en el puro terreno doctrinal, de que la institución del *référé* legislativo, establecida con el pretexto de mantener la separación entre los Poderes legislativo y judicial, era contraria a su fin, y sacrificaba en realidad el segundo al primero, al confiar a un Cuerpo legislativo la misión de decidir en un litigio particular, reservado por su naturaleza al conocimiento del Poder judicial (1).

Hoy, que nos hallamos bastante lejos de la última y definitiva reforma realizada en esta materia, ¿qué es lo que queda de este episodio efímero y casi olvidado de nuestra historia constitucional? Nada más que el recuerdo de un error legislativo, condenado *a priori* por la ciencia (2), demostrado así por la experiencia, y excluido completamente de nuestras leyes (3). Sería un completo anacronismo apoyarse en estos vestigios extinguidos para justificar la fidelidad de procedimientos de nuestro método actual a la pretensión ambiciosa de una legislación bastante completa para proporcionar, por una especie de automatismo, la solución de todos los problemas jurídicos.

45. Pero ciertamente que no puede atribuirse un tan escaso valor al argumento que en pro de la misma idea puede formularse, fundándolo en la institución del Tribunal de Casación y su papel en materia civil. Por el contrario, parece como que el

(1) Esto, al menos, hasta la ley de 30 de Julio de 1828. Véase *Exposé des motifs* de esta ley en la Cámara de Diputados, *Arch. parlem.*, 2.<sup>a</sup> serie, t. 53, p. 153, col. 2, y p. 154, col. 2.—*Rapport* de la misma Cámara, *Arch. parlem.*, t. 53, p. 744, col. 2, y p. 745, col. 1.—Discusión en la misma Cámara, el 23 de Mayo de 1828, Jacquinet-Pampelune y Portalis, Ministro de Justicia, *Arch. parlem.*, t. 54, p. 226, col. 1 y p. 231, col. 1.—Discusión en la Cámara de los Pares el 23 de Julio de 1828, el Marqués de Maléville, *Arch. parlem.*, t. 56, p. 354, col. 2.—Laurent, *Principes de droit civil*, t. 1, 1869, n. 284, p. 363-64.

(2) Comp. Montesquieu, ob. cit., lib. 29, cap. 17.

(3) Sobre el alcance de la ley de 1.<sup>o</sup> de Abril de 1837, desde el punto de vista de la interpretación jurídica, véase Ch. Beudant, ob. cit., Introducción, n. 114 *in fine*, p. 121.—E. Garsonnet, *Traité de procédure*, § 93-94, t. 1, 2.<sup>a</sup> ed., 1898, p. 169-172.—Sobre la ley belga relativa al mismo asunto, F. Laurent, *Principes de droit civil*, t. 1, n. 283-285, p. 363-366.

tiempo no ha hecho más que fortalecerlo. El Tribunal Supremo efectivamente ha afirmado y extendido sus atribuciones más cada vez; y hoy, casi sin contradicción, está considerado por todos como intérprete soberano en la totalidad de la esfera del derecho privado. Y sin embargo, las disposiciones que fijan sus atribuciones quedan siempre expresamente determinadas en la ley de su fundación, que, como sabemos, no le autoriza a anular las resoluciones judiciales sino en el caso de una «contravención expresa del texto legal» (art. 3.<sup>o</sup>, decreto de 27 de Noviembre-1.<sup>o</sup> Diciembre 1790) (1). Y esta disposición imperativa se traduce hoy prácticamente todavía: 1.<sup>o</sup>, en la necesidad de todo recurrente de apoyarse, para que el recurso se tramite, en una expresa violación o falsa aplicación de la ley (2); 2.<sup>o</sup>, en la costumbre tradicional de la Sala civil, de no casar una resolución sino de conformidad con un texto preciso de la ley (3). Si relacionamos la importancia efectiva de su misión y el rígido mecanismo de su funcionamiento, ¿no puede afirmarse que el Tribunal de Casación es por sí solo una prueba del reinado exclusivo de la ley, como origen de decisiones jurídicas?

La objeción es especiosa, y podría parecer decisiva, si su aparente fortaleza no procediera principalmente de una confusión histórica que importa esclarecer.

Cuando se dice que el Tribunal de Casación ejerce completa

(1) Procede notar que las leyes posteriores al decreto orgánico de 1790 han llegado a ser un poco menos categóricas y previsto la casación por infracción expresa de la ley (sin exigir contravención del *texto*). Constitución de 3-14 Septiembre de 1791, tít. 3, cap. 5, art. 20.—Constitución de 24 de Junio de 1793, art. 99.—Constitución de 5 de fructidor, año III, art. 255. Constitución de 22 de frimario año VIII, art. 66.—Ley de 20 de Abril de 1810, art. 7.<sup>o</sup>—No parece además que a este insignificante cambio de redacción correspondiese una alteración seria del pensamiento fundamental y primitivo.

(2) V. E. Chénon, ob. cit., p. 155.—Crépon, ob. cit. n. 2909-2943, y n. 3120, en la obra citada de Fuzier-Hermann.

(3) Esta costumbre fúndase en el art. 17 del decreto de 27 de Noviembre y 1.<sup>o</sup> de Diciembre de 1790.—V. Crépon, ob. cit., n. 4832. También el art. 24 *in fine* del decreto citado.

soberanía en la interpretación de toda la esfera jurídica (salvo en materia administrativa), se habla con bastante exactitud del presente estado de cosas. Pero si se pretende hacer derivar esta situación del origen mismo de la institución del Tribunal Supremo; si se afirma, empleando la fórmula corriente, que la Asamblea constituyente al crear éste pretendió garantizar la *unidad de jurisprudencia* para completar la unidad de legislación (1), creo que se comete un error acerca del concepto primitivo de nuestra jurisprudencia suprema y sobre la extensión de su fiscalización en el pensamiento de sus fundadores.

A los ojos de éstos, el Tribunal de Casación, situado como intermediario entre el Poder judicial y el Cuerpo legislativo, para vigilar la aplicación de la ley (véase núm. 41), no ejercitaba su función de censura sino con motivo de una *terminante infracción del texto de la ley* (art. 3, párr. 1, decreto de 27 de Noviembre-1.º Diciembre de 1790); en cuyo caso, debía pura y simplemente anular la sentencia sin resolver nada, ni aun la jurídica, de las cuestiones objeto del proceso. Por ello se le vedaba conocer en el fondo de los asuntos (art. 3, párr. 2); prohibición que no se apreciaba bien, o por lo menos de un modo incompleto, cuando se la refiere solamente a los hechos del litigio (2). O en otros términos, para cumplir su misión el Tribunal Supremo, le bastaba hacer de la ley una concepción negativa, es decir, reprimir las contradicciones flagrantes; no tenía para qué unir a esto una concepción positiva, porque no resolvía definitivamente los pleitos, ni aun en la cuestión de derecho. Y sabemos también (véanse números 40 al 42) que cuando la resistencia de las jurisdicciones daba origen a nueva casación, se ponía de ma-

(1) V. E. Chénon, ob. cit., p. 67-68, 83 y 160.—Beudant, ob. cit., Introd., n. 112, p. 115 *in fine*.

(2) Es lo que se demostró claramente en la Cámara de Diputados, en la discusión de la ley de 1.º de Abril de 1837 y en la sesión de 30 de Marzo por M. Pataille, *Moniteur* de 31 de Marzo de 1837, p. 742, col. 2. — Véanse las ideas un poco diferentes y en mi opinión menos claras, en E. Aglave, ob. cit., t. 1, Apéndice n. 3, p. 641-644: Del principio que el Tribunal de Casación no juzga el fondo, y de las excepciones a este principio.

nifiesto, por una especie de conflicto de autoridades, una laguna o una insuficiencia de la legislación; no se daba solución al problema sino mediante la intervención del Cuerpo legislativo, provocada por un *référé*. De manera que en realidad la soberanía de la interpretación jurídica, confundida y absorbida en el Poder mismo encargado de estatuir el derecho, no correspondía en semejante sistema sino a la Asamblea legislativa (1).

De suerte que, lejos de aparecer la *unidad de jurisprudencia* resultante de la colaboración de las jurisdicciones del fondo con el Tribunal Supremo, la Asamblea constituyente rechazaba la idea. Esto es lo que se desprende con claridad de ciertas declaraciones terminantes, hechas y aplaudidas por la Asamblea, con motivo de la discusión del decreto de 27 de Noviembre de 1790. En la sesión de 18 de Noviembre de 1790, y principalmente a causa de la renovación por mitad de los miembros del Tribunal de Casación, decía el ponente, Le Chapelier, futuro individuo del mismo: «El Tribunal de Casación, lo mismo que los Tribunales de distrito, debe carecer de jurisprudencia propia. Si se diese en el Tribunal de Casación esta jurisprudencia, la más detestable de todas las instituciones, habría que destruirla. El fin único de las disposiciones sobre las cuales váis a deliberar, es impedir que se introduzca (*aplausos*). No es la entrada de una mitad nueva de individuos en el Tribunal lo que ha de regular el Tribunal de Casación; este regulador será el Cuerpo legislativo, único y verdadero intérprete de la ley...» (2). Y anteriormente, Robespierre, en la misma sesión, había dicho más enér-

(1) Comp. E. Aglave, ob. cit., t. 1, Apéndice, n. 2, p. 638. La relación entre el *référé* obligatorio y la función del Tribunal Supremo, pónese perfectamente en claro en un párrafo de las conclusiones aceptadas por Merlin ante las secciones reunidas con motivo de la resolución de exclusión de 2 de Febrero de 1808 (Merlin, *Répertoire*, V Société, sec. 2, § 3, artículo 2.º, n. 2, 5.ª ed., t. 16, 1828, págs. 306-307). Verdad es que Merlin se ocupa del *référé* al Gobierno establecido por la ley de 16 de Septiembre de 1807. Pero parece que su razonamiento debió aplicarse por entero al *référé* legislativo organizado por la ley de 27 de Noviembre y 1.º de Diciembre de 1790, arts. 21 al 2.

(2) *Arch. parlem.*, 1.ª serie, t. 20, p. 517, col. 1.

gicamente aún: «... Esa palabra de jurisprudencia de los Tribunales, en la acepción que tenía en el antiguo régimen, nada significa en el nuevo; debe borrarse de nuestro idioma. En un Estado que cuenta con una Constitución, una legislación, la jurisprudencia de los Tribunales no es otra cosa que la ley; así hay siempre identidad de jurisprudencia» (1).

Puede decirse indudablemente que el Tribunal de Casación contribuía a la defensa de la unidad y soberanía de la legislación con la censura de las violaciones de la ley. Pero su misión permanecía exclusivamente negativa (2); y el sistema sólo estaba completo, mediante la intervención casi permanente del Cuerpo legislativo, para llenar las lagunas manifiestas por el funcionamiento mismo de la legislación.

Estas ideas, contenidas en germen en los decretos de organización judicial de la Constituyente, fueron puestas en práctica y extremadas por la Convención Nacional, no sólo vigilando muy de cerca al Tribunal de Casación (3), sino llegando hasta a anular las sentencias de este Tribunal contrarias a la Constitución (4).

(1) *Arch. parlam.*, 1.ª serie, t. 20, p. 516, col. 1.

(2) A.-A. Cournot, *Essais sur les fondements de nos connaissances et les cas actuels de la critique philosophique*, 1851, t. 2, p. 169-170.

(3) V. Aglave, ob. cit., t. 1, Apénd., n. 1.—Relaciones del Tribunal de Casación con la Convención Nacional, p. 629-632. Comp. p. 639.

(4) Véase principalmente: decreto de 1.º brumario, año II, concerniente al procedimiento relativo a los delitos de moneda falsa: Duvergier, *Collection des lois*, 2.ª ed., 1834, t. 6, p. 245.—Decreto de 1.º brumario, año II, que anula una sentencia del Tribunal de Casación relativa a Carlos Francisco Flahaut y que ordena la ejecución de la dictada por el Tribunal de lo criminal de Pas de Calais: Duvergier, ob. cit., t. 6, p. 247.—Decreto de 5 de frimario, año II, que anula una sentencia del Tribunal de Casación que casaba una del Tribunal de lo criminal de Puy-de-Dôme: Duvergier, ob. cit., t. 6, p. 305.—Decreto de 19 de pluvioso año II, que casa una sentencia del Tribunal de Casación que ha considerado asunto de apelación tres sentencias de un juez de paz dictadas en materia de injurias de palabra y que no castigaba sino con multa inferior a 50 libras. Duvergier, ob. cit., t. 7, p. 33.—Decreto de 28 de germinal, año II, relativo a las sentencias sobre delitos castigados con pena aflictiva o infamante en las cuales se hubiera declarado no haber lugar a la casación. Duvergier, ob. cit., t. 7, p. 144.

Semejantes abusos, que explicaban únicamente la situación política y el concepto que de su soberanía se formó la Convención, debían concluir por desacreditar todas las ingerencias del Poder legislativo en la esfera judicial (1), el *référé* legislativo inclusive, al cual además motivos más hondos condenaban a la esterilidad en su aplicación a los negocios civiles (véase núm. 44). Y hemos visto anteriormente que esta intervención oficial del legislador en la interpretación, antes de caer poco a poco bajo los golpes de una nueva legislación, tenía ya perdida toda vitalidad y eficacia práctica.

Desde este momento comienza una notable evolución de la misión del Tribunal. Obtenida de hecho, si no de derecho, llega a ser independiente del Poder legislativo, y cambia de carácter la institución: en adelante funciona autónomamente, y en su consecuencia, adquiere cada vez mayor importancia, rebasando evidentemente la esfera de acción que se le asignó en un principio.

Tiene lugar esto primero en la práctica del Tribunal Supremo. Mientras que la ley constitutiva limitaba su censura (vicio de fondo) al caso de una «infracción expresa del texto de la ley» (artículo 3, párr. 1, decreto de 27 de Noviembre-1.º Diciembre de 1790), pareciendo tener en cuenta sólo la *violación formal* de la ley, y todo lo más su *falsa aplicación* (2), desde muy pronto se ve intervenir también la casación con motivo de *falsa interpretación de la ley* (3). Con esto se abrió la puerta a un amplio

(1) Véase contra estas ingerencias, Constitución de 5 de fructidor, año III, arts. 46, 202, 264.

(2) Esto es lo que el mismo legislador dispuso en materia criminal: ley de 16-29 de Septiembre de 1791, *De la justice criminelle et de l'institution des jurés*, tít. 8, art. 23.—*Code des délits et des peines*, de 3 de brumario, año IV, art. 456, 1.º—*Code d'inst. crim.*, arts. 410, 411, 429 *in fine*, 434 *initio*.

(3) El sabio Henrion, en su tratado de *L'autorité judiciaire*, escrito en 1810, pronunciábase en nombre de la sana doctrina jurídica contra esta extensión de poderes del Tribunal Supremo, juzgándola abusiva, y al mismo tiempo reconocía que la práctica contraria a sus opiniones estaba ya fuertemente arraigada en los hechos (*De l'autorité judiciaire*, capítulo 31, sec. 10).—En sus observaciones sobre el proyecto de Código

desarrollo de la casación, que se manifiesta desde antes de aparecer los códigos y se acentúa después (1). Tan lejos se fué en la noción, bastante elástica ya; de la falsa interpretación, que en 1824, un jurisconsulto muy al tanto de la práctica del Tribunal Supremo, después de describir con animación las etapas diferentes de su jurisprudencia, creyó poderlas resumir así: «En una palabra, hay casación siempre que, acerca del efecto, de la extensión y sanción de la ley se contravengan las reglas usuales de aplicación, las tradiciones de la magistratura, la filosofía de la jurisprudencia» (2).

civil (sobre el art. 2.º, tít. 5.º del libro preliminar), el Tribunal de Apelación de Burdeos pedía apremiantemente, con objeto de conservar toda su utilidad a la interpretación doctrinal, la supresión del recurso de casación por errónea interpretación de las leyes. (Fenet, ob. cit., t. 3, p. 178.)

(1) No se abandonaba además la idea de que el Tribunal de Casación no podía intervenir sino para garantía de la ley. Hallamos la prueba, bajo una forma interesante, en la discusión de la ley de 30 ventoso, año xii: Fenet, ob. cit., t. 1; *Precis historique*, p. 82 y 87.—Ad. observaciones del Tribunal de Apelación de Montpellier (Fenet, t. 4, p. 534); de Orleans (Fenet, t. 5, p. 28-29); las del Tribunal de Apelación de París (Fenet, t. 5, p. 92).—Consúltese, además, acerca de la primitiva misión reconocida al Tribunal de Casación; dos párrafos de las conclusiones de Merlin, *Répertoire*, V, Sustitución fideicomisoria, sec. 8.ª, n. 7, 3.ª ed., t. 16, 1830, página 563, col. 2, y Pastos comunales, § 4, t. 18, 1830, p. 423, col. 1.—Además, la mayor parte de los dictámenes emitidos por Merlin, en su calidad de Procurador general, acreditan que conforme a la ley primitiva, en cuya confección había tomado parte, entendió siempre muy restrictivamente la función del Tribunal de Casación. Véase también: *Répertoire*, Adopción, § 3, 5.ª ed., t. 1, 1830, p. 183, col. 1.—*Questions de droit*, Testamento, § 15, 4.ª ed., t. 8, 1830, p. 343, col. 2, y p. 344.

(2) J. B. Sirey, Abogado del Tribunal de Casación. Disertación sobre la Ordenanza del Consejo de Estado de 27 de Noviembre y 17 de Diciembre de 1823, relativa a la interpretación real, en su ob. cit., t. 24, p. 22, col. 1.—Verdad es que reclama benevolencia por la extensión un poco hipotética dada a su fórmula. Pero véanse sus indicaciones positivas, página 21, col. 2, y p. 22, col. 1.—Además E. Garsonnet, *Traité de procédure*, n. 1104 y 1106, t. 5, 1894, p. 570 y 576.—Véase una explicación filosófica de esta extensión de funciones del Tribunal de Casación, en A.-A. Cournot, *Essai sur les fondements de nos connaissances*, 1851, n. 298, t. 2, páginas 169-70.

Con este estado de cosas, el Tribunal de Casación no podía imponer a los Tribunales sometidos a su censura una solución jurídica positiva (1). En este sentido, se guardaba fielmente el principio que vedaba a los jueces supremos el conocimiento del fondo de los asuntos; principio además que no podía quebrantarlo sino el mismo legislador. Respetado cuidadosamente todavía por la ley de 30 de Julio de 1828 (2), sufrió un rudo golpe por la de 1.º de Abril de 1837, que en su art. 2.º dispuso que después de una segunda casación, fundada en los mismos motivos que la primera, la tercera jurisdicción que entendiéndose en el asunto debía conformarse con la decisión del Tribunal Supremo en la cuestión de derecho resuelta por éste; ley que, díjase lo que se quiera (3), en esta hipótesis extrema, sacrifica la regla terminante de la Constituyente (4). Ley que transforma la hasta

(1) Com. V. Marcadé, *Elements du droit civil français*, t. 1, 1842, sobre todo el art. 5.º n. 5, p. 43-44.

(2) V. *Exposé des motifs par M. le Comte Portalis, garde des sceaux, à la Chambre des députés*, el 25 de Marzo de 1828, *Arch. parlém.*, 2.ª serie, t. 53, p. 155, col. 1.—*Rapport de M. Calemard de Lafayette à la Chambre des députés*, el 10 de Mayo de 1828, *Arch. parlém.*, t. 53, p. 745, col. 2.—*Rapport à la Chambre des pairs*, de M. le Comte Molé, el 19 de Julio de 1882, *Arch. parlém.*, t. 56, p. 225, col. 2.—En sentido opuesto, discurso del Marqués de Malleville en la Cámara de los Pares el 23 de Julio de 1828, y modificación propuesta (sin resultado) el 24 de Julio de 1828, *Arch. parlém.*, t. 56, p. 356, col. 2, y p. 390, col. 2.

(3) Véanse las explicaciones dadas en este sentido por el Conde Roy, en su *Rapport à la Chambre des Pairs*, el 18 de Febrero de 1837, *Moniteur*, de 19, p. 331, col. 2, y por el Ministro de Justicia Persil, en la misma Cámara el 21 de Febrero de 1837, *Moniteur* de 22, p. 352, col. 2. Estas explicaciones se apoyan en un puro sofisma. Hubiera sido mejor confesar francamente que se rompía en este particular con el principio de la Constituyente.

(4) Esto fué puesto completamente en claro durante el curso de la discusión habida el 30 de Marzo de 1837, en la Cámara de Diputados, por Gaillard de Kerbertin y Delespaul, y luego más decisivamente por Pataille, recordando puntualmente las ideas esenciales que habían inspirado a la Asamblea constituyente y rechazando las paradojas propuestas por los oradores que cito en la nota anterior; *Moniteur* de 31 de Marzo de 1837, páginas 739-743.

entonces meramente negativa fiscalización del Tribunal Supremo en un positivo e inmediato influjo sobre la dirección de la interpretación jurídica, y que parece ratificar y completar todo el progreso realizado ya por su práctica.

Disto mucho de creer que no estuviese completamente justificado este abandono de las primitivas ideas acerca de la misión del Tribunal Supremo. Más aún: sin decidir todavía sobre los justos límites de su intervención reguladora (véase III parte, capítulo III), no vacilo en reconocer que la extensión dada a la jurisprudencia, sólo estaba inspirada en un profundo sentido de las necesidades prácticas, no menos que por la absoluta y probada necesidad de la insuficiencia de la interpretación legislativa, de encontrar en la jurisdicción superior una orientación tan completa como fuese posible para el conjunto del derecho privado (1). Séame permitido hacer notar al paso, que todos estos progresos en oposición a las disposiciones legales, inoportunas o impracticables, me facilitan con exceso un apoyo a mi tesis principal, un ejemplo del método amplio e independiente que defiende en este trabajo. Mas por el momento, y para contestar sólo directamente a la objeción hecha, me basta consignar que el resultado de la evolución histórica que acabamos de desarro-

(1) Ciertas legislaciones han ido más derechamente al fin, confiando al Tribunal Supremo una facultad de interpretación general (*in abstracto*) que hace de él un verdadero órgano legislativo en pequeño. Esto sucedía en Austria con la ley (*Patent*) de 7 de Agosto de 1850, hoy derogada y sustituida por disposiciones muy atenuadas de la Ordenanza de 7 de Agosto de 1872; acerca de las cuales puede verse, Pfaff y Hoffmann, *Commentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche*, t. 1, 1877, p. 213-214.—Ad. sobre la ley (*Patent*) de 7 de Agosto de 1850, J. Unger, ob. cit., § 6 *in fine*, texto y n. 13, t. 1, p. 44-45; y sobre las disposiciones análogas de otras legislaciones germánicas, O. Stobbe, *Handbuch des deutschen Privatrecht*, § 24, texto, y n. 6-17, 2.ª ed., t. I, 1882, páginas 165-168.—Para Alemania y Prusia: Ed. Heilfron, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, t. 1, 1897, § 4, n. 7, p. 24.—Forster Eccius, ob. cit., § 17, t. 1 p. 81.—Propuesta muchas veces en Francia la idea de atribuir al Tribunal de Casación una participación *directa* en la interpretación legislativa, siempre fracasó y con razón; parece ir esto contra el principio de la separación de poderes.

llar se muestra en la más franca contradicción con su punto inicial jurídico.

Podrá replicársenos que proceda de donde quiera este resultado, en su posesión nos encontramos hoy, y que no obstante la ampliación de sus funciones, el Tribunal de Casación ha permanecido fiel a las reglas de forma, no admitiendo recurso alguno que no esté fundamentado en un texto preciso, alegado como violado o falsamente aplicado, y no justificando la casación sino en vista de una ley determinada. Acerca de estas afirmaciones quisiera hacer primero algunas reservas. Porque, por un lado, no es completamente seguro que el Tribunal de Casación limite su papel a garantizar los textos propiamente dichos (1).

(1) Muchos autores admiten efectivamente que pueda apoyarse con éxito un recurso, no sólo en una costumbre que tenga fuerza de ley, sino en principios que sin estar consignados en texto alguno, están universalmente reconocidos por el derecho de gentes o por el derecho francés, como la inviolabilidad del secreto de la correspondencia privada, o la máxima «*nul ne plaide pas procureur*». E. Garsonnet, ob. cit., § 1105, t. 5, p. 573, n. 16 20, con las referencias y autoridades citadas en éstas.—También § 1132, n. 23, 5, p. 650.—Ad. Tarbé *Lois et règlements à l'usage de la Cour de cassation*, 1840, p. 55, y nota de M. Labbé bajo Civ. rej., 12 de Agosto de 1885, en Sirey, ob. cit., 86, 1, 193 y 194, que resume perfectamente la doctrina más en uso.—Véase también para más detalles, Dalloz, *Répertoire alphab.*, véase *cassation*, núms. 1373-1427, y *Suppl. al Répert.*, id. 5.º, núms. 285-300.—En sentido contrario, E. Chénou, ob. cit., p. 155.—Crépon, ob. cit., núms. 2009-2943, y núm. 3120 (en el *Rep. alph.*, de Fuzier-Hermann).—Estos últimos autores entienden muy estrictamente la exigencia de un texto legal. En el fondo, quizá dependa todo del sentido que se atribuya a la palabra *ley*, empleada por las disposiciones fundamentales sobre el Tribunal Supremo. El Código de procedimiento alemán de 30 de Enero de 1877, ha salvado estas dificultades por la amplia definición contenida en el § 12 de su ley preliminar (no modificada en 1898) «*Gesetz in Sinne der Civilprozessordnung und dieses Gesetzes its jede Rechtsnorm*». *Civilprozessordnung*, §§ 512 516-10 (convertidos en los §§ 550 554-10 en el nuevo Código de procedimiento de 17 de Mayo de 1898), sobre el recurso de revisión: Ordenanza de 28 de Septiembre de 1879, art. 13, *Annuaire de leg. étrangère*, 1881, t. 10, p. 58.—Y examinense también: *Einführungsgesetz zur Konkursordnung*, de 18 de Febrero de 1877, § 2 no modificado por la ley de 17 de Mayo de 1898, § 2).—*Einführungs-Gesetz zur Strafprozessordnung*, de 1.º de Febrero de 1877,

Y por otra parte, tampoco puede afirmarse sin incurrir en exageración, que se proclamara su soberanía de hecho sobre toda la esfera jurídico-privada (1). Pero aun aceptando provisionalmente las bases de la argumentación hecha, si en contra de lo que yo opino quiere afirmarse que la ley puede y debe bastar para resolver todos los problemas jurídicos, exigiré que se examine más atentamente esta jurisprudencia del Tribunal Supremo, en la cual se basa todo el razonamiento. Y entonces podrá verse cómo mediante aquel amplio concepto de la ley y de su interpretación, como también gracias a ciertos textos de la ley concebidos en términos excesivamente generales, tal cual el artículo 7.º de la de 20 de Abril invocados habitualmente en apoyo de todo recurso (2), de un modo subsidiario, nuestro Tribunal de Casación ha sabido conciliar una sana y fecunda inteligencia entre su misión y el respeto a las reglas de procedimiento, que no podía desconocer sin abandonar el primero de sus deberes e ir abiertamente contra su ley constitutiva. Y creo

§ 7, y *Strafprozessordnung*, § 376. — *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche*, de 18 de Agosto de 1886, § 2.

(1) Sábese, por ejemplo, que el Tribunal Supremo no reprime las violaciones de leyes extranjeras cometidas por Tribunales franceses, mientras no haya en ello el principio de una contravención expresa de la ley francesa. — E. Garsonnet, ob. cit., § 1105, t. 5<sup>1</sup>, p. 573-574. — Este es un vestigio claro de la primitiva limitación del papel asignado al Tribunal de Casación, como lo han observado los que critican esta jurisprudencia. — Véase principalmente: A. Colin, *Du recours en cassation pour violation de la loi étrangère*, en el *Journal du droit international privé*, de Clunet, 1890, t. 17, p. 797-799. — Notas de M. A. Pillet, en Sirey, ob. cit., 93, 4, 10; 95-1-451, y 99 1-178. — Entre los numerosos autores favorables a esta jurisprudencia, Asser-Rivier, *Éléments de droit intern. privé*, 1884, páginas 38 y 37, n. 1. — Por el contrario, hay otras materias, las fiscales principalmente, en las cuales el Tribunal Supremo usurpa el derecho reservado a los jueces del fondo en las apreciaciones de los hechos. — Véase: A. Wahl, *Étude sur le rôle de la Cour de cassation dans les instances fiscales*: 1897, y nota bibliográfica de este libro en Sirey, *Bulletin bibliographique*, 1898, p. 6 — Además, en lo relativo a la idea enunciada en el texto, más adelante, núms. 178 y 181 de esta obra.

(2) Véase un ejemplo, entre mil, en Req. rechazada el 16 de Marzo de 1898. Sirey, 98-1-392.

que resultará imposible la deducción de que nuestra jurisdicción suprema, haya con su ejemplo justificado esta pretenciosa idea, de que, bajo el reinado de la codificación moderna, se hallen sólo en las disposiciones de la ley todas las soluciones jurídicas: