

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

DE LA "INTERPRETATIO" A LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY

DR. HUGO SOTO CÓRDOBA

ÍNDICE

	Pág.
A manera de introducción	34
Breve noticia histórica	35
Particularismo jurídico o sistema jurídico descentralizado	37
Entre la "lex" y la "interpretatio". Un precedente importante	38
De la "interpretatio" a la "interpretación de la ley"	41
Bibliografía	57

"...A quien le preguntaba como hacía para inventar tantas cosas nuevas, un gran descubridor respondió: pensando continuamente.

Y en verdad se puede bien decir que las ideas inesperadas se presentan por el hecho de que se les espera. Son en no poca parte resultado del carácter, de tendencias constantes, de ambiciones tenaces y de continuo trabajo.

Cómo debe ser molesta esta perseverancia...". Robert Musil. *Der Mann Ohne Eigenschaften*, Tomo I, pág. 105.

A MANERA DE INTRODUCCIÓN.

El objeto del presente trabajo es conocer el origen histórico, político y doctrinal de la llamada Interpretación de la ley.

El estudioso que se acerca a la elaborada doctrina italiana en materia de Interpretación, sin duda encontrará una numerosa literatura. Es el caso de citar en vía preliminar dos estudios, que han contribuido a la formación del instituto de la Interpretación en la dogmática jurídica italiana de este siglo; la obra de Emilio Betti "*Interpretazione della Legge e degli Atti Giuridici*"¹ y otra obra que tocando la teoría general de la Interpretación es dedicada al tratamiento específico de la interpretación del acto administrativo, es de Massimo Severo Giannini "*L'Interpretazione dell'Atto Amministrativo e la Teoria Giuridica Generale dell'Interpretazione*".²

En estas obras se destaca el esfuerzo hecho por los autores, dirigido a la descripción y recomendación de los medios o formas por las cuales se deben interpretar los diferentes actos de un ordenamiento jurídico positivo.

La anterior argumentación me ha hecho meditar, que si bien es cierto resulta necesario conocer

los diferentes medios conforme a los cuales se debe interpretar un acto jurídico (en lo que a nuestro ensayo interesa se refiere a la interpretación de la ley); todavía es también válido conocer el cómo, cuándo y el porqué, se ha llegado a crear tal necesidad a los diferentes operadores jurídicos³ en los ordenamientos jurídicos continentales.⁴

Voces que se pueden oír a continuación en esta materia son: "hay que interpretar la ley", "el juez interpreta o aplica la ley", "la función del intérprete es creativa o no". Son indicadores que nos dan un poco la medida de la complejidad de la materia. Respuesta a estos problemas sólo pueden surgir del atento análisis empírico de los ordenamientos jurídicos, y no del cuánto se promueva o promoció una u otra tesis.

El presente ensayo tratará, dentro de un marco histórico definido de dar un significado al término "interpretar" en el campo jurídico, y en la misma perspectiva dar un significado al término "ley".⁵

Este trabajo se puede encuadrar en el campo del Derecho Privado, dado el extraordinario desarrollo que adquiere el "ius privado" en comparación con las otras disciplinas, en el período histórico a observar.

1. BETTI, Emilio, "*Interpretazione della Legge e degli Atti Giuridici*", 2da. edición, Editorial Giuffrè, Milano, 1971.
2. GIANNINI, Massimo Severo, "*L'Interpretazione dell'Atto Amministrativo e la Teoria Giuridica Generale dell'Interpretazione*", Editorial Giuffrè, Milano, 1939.
3. Por operador jurídico se entiende no solo los jueces, sino también abogados, notarios, funcionarios públicos y por qué no el individuo en su actividad negocial de todos los días. Ver: GIANNINI, *op. cit.*, págs 74 y ss.
4. El término "continental" se usa en la literatura jurídica europea a fin de contraponerlo al "Ordenamiento jurídico de la Isla", o sea el Derecho inglés principalmente.
5. El término ley no deja de presentar problemas. Debo dar significado a ley como producto legislativo del Emperador, ley como producto legislativo del monarca absoluto, ley como producto de los órganos representativos modernos del Estado de Derecho en su forma liberal-democrática la cual fórmula moderna se entiende como general y abstracta, para decirlo con el Rousseau: expresión de la "voluntad general", en lo que Corradini llama la moderna apertura a la teoría democrática. Ver: CORRADINI, Domenico, "*Le Codificazioni Civiltiche dell'Ottocento*", ensayo que se encuentra en "*Il Diritto Privato nella Società Moderna*" a cura di Stefano Rodotà. Editorial Il Mulino, Bologna, 1971, págs. 56 y sigs.

Se referirá fundamentalmente a la función del operador jurídico llamado juez.⁶ Lo anterior es así porque me interesa estudiar el intérprete por excelencia del Derecho. "*...La grande autorità dell'interpretazione giudiziaria della legge non deriva quindi dall'interpretazione stessa, ma, da fatti estranei alla sostanza di questa. ...*".⁷

Es en parte a la búsqueda de esos "fatti estranei" a que se refiere este ensayo.

Las respuestas que daré a los problemas planteados deben ser consideradas de carácter convencional, susceptibles siempre de ulteriores verificaciones y profundización futura.⁸

Debo manifestar mi infinito agradecimiento por los valiosos y útiles consejos, así como por la tolerancia y paciencia, que el director de esta tesis, profesor Domenico Corradini, manifestó siempre en sus relaciones conmigo. Recordaré siempre las valiosas indicaciones provenientes de los profesores Vincenzo Palazzolo y Franco Bonignore.

BREVE NOTICIA HISTÓRICA.

En la Europa continental en los siglos XV, XVI, asistimos al paulatino surgir del Estado absoluto.

Este presenta en sus programas la centralización del poder, una situación monística, en respuesta a la situación medieval caracterizada de una descentralización del poder, que se presenta típicamente a nuestros ojos en el feudalismo, en el cual coexisten el poder imperial y el eclesiástico. Estamos de frente al nacimiento del Estado moderno, al crecimiento de sentimientos de autonomía, del nacionalismo,⁹ se prepara la caída del "Universa-

lismo" proveniente de la experiencia Imperial, se promueven instancias hacia lo "Particular", o sea a la configuración del Estado moderno. La época medieval, no es ya, como es la opinión corriente, la época de la oscuridad total, surgen en su seno motores que cambiarán el viejo sistema. Es el momento de los grandes descubrimientos geográficos, de la invención de las primeras máquinas, el mundo se presenta más grande de lo que se pensaba. Telesio, Macchiavelli, Vanini, Bruno, Galilei, son nombres que dejarán su huella en la cultura. Nuevos métodos científicos abren camino a un conocimiento ya no fundado en lo "Divino", sino más bien la naturaleza se estudiará en concreto, con base en razones y no en la metafísica, es la recuperación de las capacidades del individuo y sus posibilidades científicas.¹⁰

La economía sufrirá cambios notables, asistimos a un proceso en el cual se sustituye a la economía de tipo feudal por un sistema de mercado, de intercambio de bienes, de circulación del dinero. Un nuevo grupo social reclama poco a poco un espacio vital, son los comerciantes que reclaman una nueva organización de la producción.¹¹

La idea de la centralización del poder en el Estado absoluto presentaba una serie de problemas a los cuales debemos prestar atención; interesa revelar que era necesario reconocer en el Soberano, el monopolio en la creación del Derecho, es decir, que a las diferentes fuentes que concurrían a la producción del derecho era necesario eliminarles tal posibilidad, y en consecuencia concentrar unitariamente tal poder. Nacía con fuerza a nivel político y doctrinal la lucha contra el desorden y confusión de las leyes, herencia del sistema jurídico descentralizado, como lo llama el Corradini, o bien del Particularismo jurídico, como lo llama el

6. Intérprete debe ser entendido como sinónimo de juez, tribunal, salvo indicación en contrario.

7. GIANNINI, Massimo Severo, "*L'Interpretazione dell'Atto. ...*", op cit., pág. 74.

8. El fin que me inspira no es la búsqueda de verdades absolutas, sino más bien, un equilibrio entre método y objeto de estudio. Creo que en la utilización de los criterios de "posibilidad" y "verificación" constante, como puntos aptos a la búsqueda de tal equilibrio. Sobre esta temática es rica de indicaciones la obra de: PALAZZOLO, Vincenzo, "*Scienza e Epistemologia Giuridica*", Editorial CEDAM, Padova, 1964.

9. "...Al costo dei mercanti si deve altresì l'emergere dell'incipiente sentimento della nazionalità, in contrapposizione all'epoca medioevale, quando i contegni degli individui prescindevano da un potere politico centrale ed erano destinati a esaurirsi o nell'ambito della sfera religiosa e della sua spiccata dimensione ecumenica o in seno ai singoli gruppi ristretti in cui l'uomo più immediatamente sembrava impegnato a vivere. ...".
Ver: CORRADINI, Domenico, "*Garantismo e Statualismo*", Editorial Giuffrè, Milano 1971, pág. 7.

10. "...L'insistenza sui metodi scientifici significa così recupero della concretezza e fiducia nella ragione storicamente e umanamente fondata; implica il rifiuto della vecchie ipostasi e quindi agevola quella rivalutazione delle capacità critiche dell'individuo e quella lotta contro il dogma che si pretenderanno, con vari contenuti, sino alla riforma e all'illuminismo. ...". Ver: *idem*, pág. 5.

11. *Idem*, pág. 7.

Tarello.¹² Sobre esta noción me ocupo más adelante, basta por ahora resaltar que esta crítica a la incerteza, a la falta de unidad del Derecho, fue una piedra basilar en los programas del poder absoluto; pero también lo fue para aquel grupo mercantil que reclamaba certeza, claridad, en las relaciones jurídicas, esta identidad de fin en dos fuerzas diferentes encontró pleno desarrollo en esta época,¹³ portando en el siglo XVII a las grandes recopilaciones de leyes y finalmente a las codificaciones del siglo XVIII e inicios del XIX.

De diferentes autores oír la lucha contra esta situación, lucha contra cualquier fuente del derecho que no fuera aquella proveniente del Soberano absoluto (o al menos tolerada de este último); contra la arbitrariedad de la justicia (entendida como tribunales judiciales y las amplias facultades que gozaban en estos siglos); contra las otras fuentes del derecho, la costumbre, leyes municipales, etc., que aumentaban la confusión e incerteza que se pretendía eliminar centralizando el poder.¹⁴

No puedo dejar de mencionar las contribuciones de la escuela del Humanismo jurídico, la cual critica las pretensiones imperiales universalistas del "Corpus iuris romano" y pide concretamente un derecho a base nacional,¹⁵ como también la contribución de la escuela del Giusnaturalismo moderno, que espera en la idea de un código, impregnado de la diosa razón, de principios inmutables y eternos suficientes a la solución de los problemas del hombre, pero, que luego se adaptará a los programas del Estado moderno y reflejará las instancias del nuevo orden económico-social.¹⁶

La concepción absolutista de la ley es teorizada en diversos momentos y con autores que des-

pliegan su actividad en estos siglos. Así nos llama la atención Tomás Moro en su "Utopía" del 1516, en la cual nos indica que los comportamientos humanos se deben disciplinar con pocas reglas, unívocas, y por consecuencia inatacables de los posibles arbitrios de la interpretación (entendida como la actividad de los tribunales).¹⁷

El Bacon que en su "Of Judicature" escrito comprendido en su "The Essaies" del 1612, y después ampliado en el "The Essayes or Counsels, Civill an Morall" del 1625; argumenta la necesidad de restringir los poderes de los jueces bajo la máxima que es el "ius dicere" (traduzco como "decir", "declarar") y no el "ius dare" (traduzco como "dar", "crear"), la tarea de los jueces.¹⁸

El Hobbes, en el cual sin duda la doctrina del absolutismo alcanzó un desarrollo notable, en el "Leviathan", nos dirá que la esencia de la ley consiste en la interpretación; pero como la interpretación como acto de conocimiento es siempre incierto, y la confusión de opiniones es vencida solo de la seguridad que nos da el Soberano, único intérprete porque único legislador, con su proclama suprema.¹⁹

Pero no será sino que en el setecientos con la consolidación general de las monarquías absolutistas y a la finalización del mismo siglo, con la Revolución Francesa, que señala la consolidación y el privilegio de convertir la ley como el único y fundamental instrumento legislativo, relegando las antiguas fuentes del derecho que configuraban el sistema jurídico descentralizado o particularismo jurídico, replegando políticamente los tribunales al

12. *Ídem*, pág. 3, y TARELLO, Giovanni, "Storia della Cultura Giuridica Moderna", vol. I Assolutismo e codificazione del diritto. Editorial II Mulino, Bologna 1967, págs. 28 y ss.

13. CORRADINI, Domenico, *op. cit.*, supra, pág. 10.

14. Para mayor profundización remito al primer capítulo de la obra citada del Corradini.

15. CALASSO, Francesco, "Medio Evo del Diritto", I, Le fonti, Editorial Giuffrè. Milano, 1954, págs. 597 y ss.

16. "...E se all'inizio, con mire ingenue, che presto mostrano la loro intrinseca debolezza, il giusnaturalismo tenta d'elaborare; sulla linea d'una tradizione metafisica, un codice eterno, valido per tutti gli uomini, perché dedotto dall'astratta razionalità o dall'immobile natura delle cose 7, in seguito, accostandosi maggiormente ai progetti dello stato moderno e dei gruppi che lo sostengono, finisce invece per connettere i suoi schemi al tessuto socio-economico dei vari paesi e per adattarli agli usi che in essi si sono costituite ... e quindi, con una rinuncia che trova la sua genesi nello sfondo politico della seconda metà del settecento e dei primi decenni dell'epoca successiva, mancano di condurre alle ultime conseguenze il presupposto del carattere immutabile del diritto ..."

CORRADINI, Domenico, "Il Criterio della Buona Fede e la Scienza del Diritto Privato" Editorial Giuffrè, Milano 1970 págs. 7-8.

17. La cita la obtengo del CORRADINI, Domenico, "Garantismo e. . .", *op. cit.*, pág. 10.

18. *Ídem*, pág. 14.

19. La cita la obtengo del TARELLO, Giovanni, "Storia della cultura. . .", *op. cit.*, pág. 61.

Soberano absoluto y luego a los sucesivos sistemas parlamentarios.²⁰

Pero es hora de analizar el concepto "sistema jurídico descentralizado" o "particularismo jurídico".

PARTICULARISMO JURÍDICO O SISTEMA JURÍDICO DESCENTRALIZADO.

Por Particularismo jurídico,²¹ entendemos la falta de unidad y coherencia del conjunto de leyes vigentes en una determinada esfera espacio-temporal, después de emitir un juicio de valor conforme al cual se espera que en tal esfera debería existir unidad y coherencia de las leyes.²² Este juicio de valor tiende a privilegiar la experiencia histórica vivida en la Europa continental en los siglos XVIII y XIX, en la cual se desarrollaron las codificaciones modernas, que según esta doctrina son ejemplos de unidad y coherencia.

Este concepto es ligado a los juristas positivistas del siglo XIX y se puede localizar en la literatura histórico-jurídica francesa e italiana de la época.²³ A manera ilustrativa veamos un ejemplo clásico de particularismo jurídico. Se trata de ver cuál derecho era vigente en la Francia del siglo XVII, indicando el carácter aproximativo de lo que se dice: en el norte de la Francia era vigente a título de

derecho común (aplicable a todos), un derecho basado en las costumbres de origen germánico o alemán, al cual se le contraponen un derecho particular derogatorio del común. Y en el sur tenía vigencia a título de derecho común el derecho romano, constituido por el uso del "corpus" de Justinian y el "Código Teodosiano", al cual se le contraponen un derecho particular derogatorio del común.²⁴

El particularismo jurídico tendrá sentido donde existió o existe esta contraposición entre derecho común y derecho particular derogatorio. En el ejemplo francés existen dos tipos de particularismo jurídico, uno al norte y otro al sur; por esto con mayor razón se puede escribir que en el área francesa, existe una falta de unidad y coherencia de las leyes.

La situación en los territorios italianos (recuerdo que la unidad política geográfica italiana es una experiencia de la segunda mitad del ochocientos), en sus varios Estados, presenta un particularismo menos complicado que el del francés, y se puede afirmar que en general con excepción del "Stato Pontificio", existe en ellos a título de Derecho común el derecho romano, al cual se contraponen un derecho particular derogatorio, formado de leyes, usos y costumbres de cada Estado, en los cuales se configuraban los privilegios feudales.²⁵

20. La idea de la relación absolutismo-código desarrollada en la Europa continental, privilegiando la ley como instrumento máximo creativo del Derecho, no tuvo en Inglaterra un seguidor fiel. Y no, porque no existieran influencias que impulsaran en este sentido, sino porque la monarquía inglesa no obtuvo respuesta positiva a sus reclamos absolutistas en el sentido desarrollado en el continente. Los eventos de 1688, el fin del Protectorado de Cromwell; significan una derrota a la monarquía absoluta, que dan un equilibrio constitucional diferente al continental, adquiriendo gran peso los tribunales y consolidación de los precedentes judiciales. Se nota una tendencia a un concepto pluralístico en lo social y en el fenómeno jurídico, el Common Law supera la fuerza del Monarca y las voces de la codificación se deben conformar a simples recopilaciones y los Statutes como una general reorganización. CORRADINI, Domenico, "Il criterio della. . .", op. cit., pág. 6 y TARELLO, Giovanni, "Storia della Cultura. . .", op. cit., pág. 69.
21. Se usará el término Particularismo jurídico en vez de Sistema jurídico descentralizado por comodidad del autor. En vía general debo reconocer mi acuerdo con el uso indistinto de los dos términos.
22. El concepto lo obtengo del TARELLO, Giovanni, de su ensayo "Le idee della Codificazione" que se encuentra en el libro "Il Diritto Privato nella Società Moderna" a cura di RODOTA', Stefano, op. cit., pág. 45 (del 1971), confirma su opinión en "Storia della Cultura. . .", op. cit., pág. 29 (del 1976). De acuerdo con el concepto anterior también el CORRADINI, Domenico, "Garantismo. . .", op. cit. Ver capítulo primero (del 1971) y en su "Il Criterio della Buona Fede. . .", op. cit. Ver capítulo primero (del 1970). También en este sentido el: GALGANO, Francesco, "Storia del Diritto Commerciale". Editorial Il Mulino, Bologna, pág. 10.
23. TARELLO, Giovanni, "Storia della Cultura. . .", op. cit., págs. 28-29.
24. En este contexto debemos entender por Derecho común de carácter residual, que se aplica a todos salvo las derogaciones de leyes particulares. Ejemplo de leyes particulares derogatorias del Derecho común son: leyes locales (municipales), leyes aplicables a diferentes tipos de personas (nobles, clero, siervos, hebreos, católicos, protestantes), leyes aplicables a diferentes tipos de bienes (tierras del Rey, tierras de los nobles) etc. En realidad, en estas normas particulares se notan los privilegios y discriminaciones del sistema económico-social feudal. Para más noticias remito a: TARELLO, Giovanni, "Le idee della. . .", op. cit., pág. 45, nota 1 y ss.
25. Sobre la existencia de particularismos jurídicos en los territorios franceses, alemanes o germánicos, e italianos ver: TARELLO, Giovanni, "Storia della Cultura. . .", op. cit., respectivamente págs. 69 y sigs.; 86 y ss. y 92 y ss. Sobre la existencia de particularismos jurídicos en territorios españoles ver: CORRADINI, Domenico, "Garantismo e. . .", op. cit., págs. 59 y ss.

Como un paréntesis, es interesante recordar que en los territorios que configurarán la futura Provincia de Costa Rica de la época colonial española, existían al menos tres organizaciones jurídico-políticas, que correspondían a tres tribus indígenas, los indios "Chorotegas", los "Bruncas" y los "Huetares", y a la llegada de los conquistadores tales organizaciones sociales desaparecen, para dar vida a la provincia llamada Costa Rica, parte del dominio español, centralizándose el poder en la capital de la provincia de nombre Cartago, en la persona del Gobernador. Ahora bien, con ciertas reservas, se puede afirmar que con la consolidación del poder español, desaparecen tres organizaciones jurídico-políticas particulares, si se valora que es recomendable cobijar con una sola normativa toda la Provincia, y se valora a su vez como perjudicial la existencia de tres particularismos jurídicos en nuestros territorios. En todo caso será la idea centralizadora del poder que dominará durante todo nuestro período colonial y se consolidará con la creación del Estado republicano en el siglo XIX.

Regresando al viejo continente, vemos cómo contra este tipo de organización jurídica es que los Estados absolutistas combaten con sus programas de centralización del poder, exigiendo la desaparición de cualquier fuente del derecho que no fuera la ley del Soberano (o al menos que fuera tolerada por él). Es el absolutismo a pretender y luego someter los "órganos judiciales" que fundamentaban sus privilegios en la organización feudal, es la nobleza feudal que de aquellos particularismos jurídicos encuentra protección a sus privilegios, y se presentan como elementos de conservación y resistencia a los programas absolutistas del Soberano.

En este contexto se debe entender a continuación el estudio de lo que llamo la "interpretatio".

ENTRE LA "LEX" Y LA "INTERPRETATIO". UN PRECEDENTE IMPORTANTE.

La temática a desarrollar a continuación no se debe pensar que es patrimonio particular de los períodos en los cuales se encuadra nuestro ensayo (siglos XVII, XVIII principalmente XIX), sino que tiene raíces antiguas y constituye una tradición que podemos localizar en los glosadores.²⁶

Interesa entender los dos términos escritos en el subtítulo y sus respectivas relaciones con el setecientos de la Europa continental, período en el cual el poder absoluto despliega toda su fuerza, pero a la vez, período en el cual las instituciones feudales resisten con alguna fortuna tal influencia.

Con el término "lex" se debe entender aquel material jurídico que comprende: Costumbres y estatutos feudales, los textos romanos del "corpus iuris" (allá donde existió la recepción de este material normativo), las intervenciones normativas del Soberano. Sé que al traducir "lex" por "ley" debemos entender aquella principalmente como una casuística,²⁷ y no como ley general y abstracta en la concepción moderna del término; producto de una experiencia posterior que encontramos en las modernas codificaciones del ochocientos, en particular, en los códigos franceses, sin olvidar la influencia determinante del iluminismo jurídico.²⁸ Hecha la advertencia, usaré ley por "lex".

Con el término "interpretatio" se deben entender aquellas expresiones normativas producidas primeramente por tribunales y ius-peritos (dottori), bien separadamente en asuntos de competencia propia a cada uno,²⁹ bien conjuntamente,³⁰ y luego por los llamados "Grandes Tribunales",³¹ "Senati" en Italia, "Parlements" en Francia, principalmente en ausencia de una "lex" ley, que se aplicara directamente al caso concreto, se entienda ley expresa y clara que decida el punto en cuestión,

26. "...le idee e la prassi dell'interpretatio e del casus legis, che noi troviamo agli inizi del secolo XVIII, rappresentano la continuazione di una tradizione datante dai glossatori...". Sobre lo anterior y para más noticias al respecto ver: GORLA, Gino, "I precedenti storici dell'art. 12 disposizioni preliminari del Codice Civile del 1942, en la revista "Il Foro Italiano", XCII, 1969, pág. 117.

27. *Idem*, págs. 117 y 119.

28. En este sentido ver: CORRADINI, Domenico, "Garantismo e Statualismo", op. cit., págs. 31 y ss.

29. GORLA, Gino, "Giurisprudenza", voce dell'Enciclopedia del Diritto, tomo XIX, Editorial Giuffrè, Italia 1970, pág. 497.

30. Los "...dottori; essi operavano indirettamente anche nell'ambito dei tribunali mediante i loro consilia, che venivano richiesti dal giudice (profano del giure o non altamente qualificato)...". GORLA, Gino, "I precedenti storici...", op. cit., págs. 117 y 118.

31. *Idem*.

leyes que se revelan en esta época de tipo casuístico insisto, en otras palabras el "casus legis".³²

Ausencia de "lex", significaba que el radio de competencia del intérprete se abría de la hipótesis en la cual el texto de "lex" no se pudiera aplicar literalmente, resolviendo el punto de la contienda, hipótesis en la cual el texto de "lex" era objeto de duda, era oscuro, y entonces se debía "interpretar" no porque lo autorice la "lex" sino porque es de su competencia, cerrándose tal radio en la hipótesis clamorosa de la laguna o ausencia absoluta de "lex".

La ley era considerada autoridad necesaria; que quería decir criterio vinculante de la decisión. Así que, ius-peritos, tribunales, luego los "Grandes Tribunales" aplicaban la ley que decidiría el punto en cuestión, sin posibilidad de argumentación.

En este sentido los argumentos "in claris non fit interpretatio" (en claridad no se interpreta) y "dura lex sed lex" (dura ley es ley), tenían una fuerza no indiferente. Aunque no es de extrañarse como realmente sucedió en el setecientos, que los "Grandes Tribunales" rompieran tal límite a sus atribuciones y en no pocos casos invadieran con su "interpretatio" un campo de poder aparentemente reservado a otro titular.³³

Pero veamos en qué consistía esta "interpretatio" de doctores y tribunales.

La "interpretatio", he dicho, se manifiesta como una expresión normativa propia de tribunales y ius-peritos (dottori), luego "Grandes Tribunales".³⁴

Esta expresión deriva fundamentalmente del poder jurisdiccional-legislativo³⁵ que en estos mo-

mentos históricos se puede localizar en los intérpretes, y que respondía a la especial división del poder de herencia de la situación política-económica de tipo feudal; pero que como veremos, sufrirá de cambios en el tanto y en el cuanto se afirman las expectativas absolutistas de centralización del poder y por qué no adelantarlos, sufrirá un nuevo equilibrio con el surgir de las asambleas parlamentarias.

Si nos acercamos al funcionamiento de estos doctores, tribunales, luego "Grandes Tribunales" notamos que en los siglos XVII, XVIII y parte del XIX, las sentencias (cuando motivadas), defensas de abogados, decretos del príncipe, obras de los doctores y tratados sobre el estilo legal, se encuentra el uso de un lenguaje que contrapone el término "auctoritates" a "rationes", que podemos cautamente traducir por "autoridades" y por "razones" respectivamente.³⁶ Interesa entender esta dialéctica entre "auctoritates" y "rationes" en cuanto se refiere a la "interpretatio" y la actividad judicial del intérprete.

Las "auctoritates", autoridades son las decisiones de tribunales, doctores, luego "Grandes Tribunales"; se puede decir que constituyen respectivamente jurisprudencia.³⁷ Sea jurisprudencia de tribunales, jurisprudencia doctoral, jurisprudencia de los Grandes Tribunales, en el sentido que configuraban un "depósito" de precedentes judiciales, para usar lenguaje de la época; depósito de "rationes".³⁸ Las "auctoritates" son un factor argumentativo que podía influir en la decisión de un caso concreto cuando tuviera un carácter persuasivo.³⁹

32. "...Il caso deciso dalla legge significava l'esistenza di una legge espressa e chiara sul punto della questione, o sul caso in esame. Il linguaggio era vario; si parlava anche di legge in punto, in terminis, di testo espresso per il caso, o di legge che —determinava— il caso, o di caso —determinato— dalla legge, o semplicemente di casus legis trova anche —casus in iure decisis—. . .". *Idem*, pág. 115.

33. *Idem*, pág. 118.

34. Ver pág. 13.

35. Digo "legislativo" en el sentido de que me parece ver en estos tribunales, doctores y "Grandes Tribunales" la posibilidad efectiva de crear el Derecho.

36. GORLA, Gino, "Giurisprudenza", op. cit., pág. 497.

37. *Idem*, pág. 498.

38. "I precedenti storici. . .", op. cit., pág. 116.

39. Se debe recordar que la aplicación de una "lex" en cuanto solución del caso concreto (casus legis), es una autoridad necesaria. Se excluye la posibilidad de acción de la "interpretatio". También el precedente, en las organizaciones judiciales en que tuviera carácter vinculante era autoridad necesaria, si decidía el punto en cuestión (a la manera de la lex), limitando el radio de acción de la "interpretatio". Se debe notar que el carácter de autoridad necesaria del precedente era relativo porque los tribunales superiores se podían desligar de sus propios precedentes, pero ligaba lógicamente el inferior. Ver: *Idem*, pág. 155 y en "Giurisprudenza", op. cit., pág. 498.

Las "rationes", razones, son el otro factor argumentativo que podía influir en la decisión de un caso concreto. El Gorla cree individuar estas "rationes" en los así llamados "principios comunes a las naciones civiles, Derecho Natural", bien en "principios del derecho positivo", bien en "principios generales del Ordenamiento Jurídico",⁴⁰ en una especie de mezcla entre los principios del derecho natural y principios del derecho positivo. Con base en estos "principios" el intérprete encontrará la razón para la solución de un caso concreto. En mi opinión esta puede ser una forma para explicar las "rationes", pero sin duda tal definición es demasiado amplia, y son presentadas a resolver.

En las "rationes" me parece ver la valoración política-legislativa, que el intérprete da como factor argumentativo a la solución del caso concreto.

Debo considerar la argumentación basada en los "principios generales del derecho" un esquema general, vacío, que tiene significado cuando se llena con base en determinada cultura jurídica, de una época, de instituciones positivas existentes.⁴¹ El Gorla parece darme razón, cuando en su análisis de las sentencias de los tribunales de la época nos dice que los intérpretes actualizaban los textos antiguos (lex) a las exigencias económico-sociales de aquellas sociedades, hoy a nosotros remotas.⁴²

Más allá del "casus legis" se iniciaba el campo de acción de la "interpretatio" de los doctores, de tribunales, luego "Grandes Tribunales", y esta se explica en su aspecto funcional, como la solución de un caso concreto que le compete, con base en el concurso o dialéctica de las autoridades "auctoritates" persuasivas o "probabilis", y su contraste con las "razones" del intérprete. En la "interpretatio", la síntesis o solución de un caso concreto requiere el conflicto o contraste dialéctico entre las razones argumentativas del intérprete, "rationes" y de aquel depósito de "rationes" sea las "auctoritates", más simplemente los precedentes con carácter persuasivo, usando una palabra de la época, "probabilis".

Cuando el intérprete se encuentre con una laguna o un texto oscuro tal que, de aquel depósito de razones, las "auctoritates", no ofrezcan indicaciones, argumentaciones útiles a la solución del caso, el mismo se resolverá con la síntesis proveniente de la confrontación dialéctica entre las "rationes" del intérprete, y las razones argumentativas de las partes en el proceso.

A este punto lo que me interesa precisar es la función creativa del intérprete (creativa de derecho) desvinculado de la "lex".⁴³ En términos más concretos diré: La "lex" al tener un carácter casuístico y a su vez al deber resolver clara y expresamente el punto en cuestión, restringía notablemente su radio de acción.

A contrario sensu, se abría notablemente el radio de acción de la "interpretatio". Aun en los casos de duda, de oscuridad de la ley, la tendencia era abrir espacio de acción a la "interpretatio" y no a la clarificación de la ley. El argumento "a similibus ad similia" conocido también como argumento a "similibus", hoy en día la "analogía", no era una solución que venía de la ley, sino más bien era obra de la "interpretatio", y como tal, no tenía un carácter obligatorio para el intérprete.⁴⁴ Como ya se anotó la "interpretatio" de los "Grandes Tribunales" en los siglos XVII y XVIII en Francia e Italia rompieron aquel límite que hoy llamaremos de equilibrio constitucional, y con su obra fueron más allá del "casus legis" invadiendo poderes del Soberano. Recordemos que estamos en un período en el cual los monarcas absolutistas reclaman en sus proclamas la centralización del poder, por consecuencia, uno de los puntos a controlar era la gran libertad y poder de los tribunales, que sin duda contrastaban no pocas veces el soberano.

De anotar el carácter subsidiario del material jurídico que conocemos con el nombre de "interpretatio" en relación con la "lex". El poder creativo de la primera se podía iniciar allá donde terminaba el de la "lex".⁴⁵

40. Ver: *Ídem*, págs. 115 y 116, y "Giurisprudenza", op. cit., pág. 498.

41. En este sentido ver el TARELLO, Giovanni, "L'Argomentazione dell'Interpretazione". En *Annali della Facoltà di Giurisprudenza*, Università degli Studi di Genova, Anno XVI (1977), Editorial Giuffrè, págs. 999 y ss.

42. "... i precedenti storici ...", op. cit., pág. 116.

43. *Ídem*.

44. *Ídem*.

45. Sobre los conceptos "interpretatio" y "lex" y la relación de subsidiariedad son fundamentalmente de acuerdo con TARELLO G. "Storia della Cultura ...", op. cit., pág. 67 y ss. y de GORLA, G. "I precedenti storici ...", op. cit., págs. 114 y ss. Sobre este punto más preciso es el segundo.

Pero la sustancia a resaltar de la anterior problemática es que en la "interpretatio" y en sus intérpretes encontraremos el reflejo, mejor la expresión de un "poder-deber" compuesto de facultades jurisdiccionales y legislativas. El anterior poder-deber que creemos localizar en la "interpretatio", lo baso en la especial posición y funciones de los intérpretes en la época en examen, sus raíces profundas ligadas a las instituciones feudales y las posteriores experiencias históricas que ven tambalear este poder en el sentido antes descrito, con la consolidación del poder absoluto. No acaso recuerdo las instancias ideológicas del Hobbes en el "Leviathan" a favor del poder absoluto, y como él combate lo que llama arbitrariedad de los tribunales y nos dirá que la esencia de la ley consiste en la interpretación; pero como la interpretación como acto de conocimiento es siempre incierto, y la confusión de las opiniones es vencida solo de la seguridad que nos da el Soberano, único intérprete por que único legislador, con su proclama soberana.⁴⁶ Y si los movimientos por la certeza de la ley promovidos por los Soberanos en la Europa continental en estos siglos, que luego veremos con algún detalle, movimiento de reforma contra la así llamada disfunción de la justicia; cosa es, sino una instancia de centralización del poder y por consecuencia una política dirigida a limitar las facultades legislativas que pienso localizar en la "interpretatio".⁴⁷

Nos toca ahora pasar al estudio de estos movimientos políticos, históricos, doctrinales que impulsarán, a lo que a mí interesa, por el camino de nuevos equilibrios del poder y por consecuencia tocará la "interpretatio".

DE LA "INTERPRETATIO" A LA "INTERPRETACIÓN DE LA LEY".

Interesa el análisis de aquellos movimientos presentes en la Europa continental del setecientos, instancias y programas que siguen el camino de la

centralización del poder político en el Soberano. La tendencia en el aspecto jurídico es de poner orden, dar claridad, limitar la arbitrariedad de Tribunales y leyes (en un sentido amplio que comprende pienso las "lex" y la "interpretatio"). Se abre en fin la visión que portará a fin del siglo a las famosas codificaciones modernas. Me interesa ver cómo en este movimiento, las facultades legislativas de la "interpretatio" (en el sentido de crear derecho) y sus intérpretes sufrirán toda la fuerza de estos movimientos y verán militar sus prerrogativas fin a portarnos a una situación tal que, lo que llamamos modernamente "Poder Judicial" aparece reducido a una especie de poder nulo o vacío; para decirlo con el estilo de Montesquieu.

Veamos entonces casos concretos de lo anterior.

En los años 1723 y 1729 en las llamadas constituciones del Piamonte⁴⁸ promovidas del Rey de Casa Savoia; existe en la misma una dirección clara dirigida a limitar la autonomía de los tribunales y de los doctores (ius-peritos). En efecto se nota la prohibición real de utilizar la autoridad y razones de doctores y tribunales inferiores a fin de decidir los procesos. Los llamados "grandes tribunales", los "Senati" y la "Corte dei Conti" se les encuadra jerárquicamente, se delinean sus funciones, y aparece la prohibición de intervenir con su "interpretatio" en la "lex" del Soberano (la obligación de aplicar mecánicamente las "lex" del Soberano). Queda a los "Grandes Tribunales" la posibilidad de usar su "interpretatio" en materia de derecho común y en estatutos locales, aparte de llenar las posibles lagunas o casos no regulados.⁴⁹ Pero esto en mi opinión es un mínimo de radio de acción de los "Grandes Tribunales"; lo que sí es claro es que el proceso de limitación de la autonomía normativa de los "intérpretes" en el Piamonte fue fuerte si a esto notamos la activa participación del Soberano en la creación de nuevas "lex" leyes que lógicamente restringían el accionar de la "interpretatio".

46. Ver: págs. 36 y 37 de este ensayo.

47. "... la cultura giuridica tecnica cinquecentesca e secentesca aveva portato a limitare in massimo grado l'applicabilità della lex... In tal modo i tribunali (o, meglio gli organi che funzionavano come tribunali) che adottavano politiche di opposizione all'accentramento solitamente, mentre solitamente restringevano la portata della lex ed in particolare della nuova legislazione del sovrano, aumentavano il campo dell' "interpretatio", cioè della propria autonomia normativa...". Ver: TARELLO, G., "Storia della Cultura...", op. cit., pág. 68.

48. No se puede hablar todavía de un solo Estado italiano. En efecto la unidad de lo que conocemos como Italia hoy día, es un proceso o experiencia histórica de la segunda mitad del siglo XIX.

49. En este sentido: GORLA, Gino. "I precedenti storici...", op. cit., pág. 119 y ss. y TARELLO, Giovanni, "Storia della Cultura...", op. cit., págs. 197 y 202.

Otra experiencia a registrar es aquella desarrollada en Nápoles (Napoli). Con una cierta dirección iluminística fue, el intento de reforma y codificación que se intentó hacer en Nápoles bajo el reinado de Carlos de Borbón y dirigido del Ministro Tanucci en los años que van del 1734 al 1740; en estas reformas existía la idea de limitar las autonomías de los tribunales, se planteaba la incerteza existente en la administración de la justicia, entre otros problemas. El intento fue interesante, pero no se pudo realizar dada la debilidad o falta de poder en aquel momento del monarca en relación con la oposición al intento.⁵⁰ Pero en la segunda mitad del siglo nos encontramos en Nápoles el despacho del rey Ferdinando IV en el año 1774; en el cual encontramos de nuevo la inspiración del Tanucci;⁵¹ las instancias del iluminismo jurídico, y en un nuevo marco de equilibrio de poder, esta vez el ataque contra el arbitrio de tribunales y doctores tiene éxito y nos encontramos con la siguiente situación; el despacho prohíbe que cualquier decisión a un determinado proceso se pueda inspirar a la autoridad o razones de doctores o tribunales; que estos procesos se deben resolver con la aplicación de las "lex" vigentes en el reino, en el sentido expreso y literal de las leyes. Que en caso de duda, necesidad de uso de analogía, lagunas, estas solo son posibles de colmar con la interpretación del rey.⁵² O sea, la instancia iluminística tiene aquí plena vigencia, al privilegiar la ley ("lex") y la profunda desconfianza en los tribunales y la consiguiente "interpretatio". Este despacho presenta la característica de querer directamente que toda actividad interpretativa "interpretatio", fuera eliminada.⁵³ Es un intento formal hecho por el Soberano de recuperar aquellas facultades legislativas presentes en la actividad de los intérpretes. La pretensión es clara, el poder absoluto exige de sus tribunales un comportamiento servil y mecánico

en la aplicación de las leyes. Este despacho tuvo una vida corta (del 1774 al 1791),⁵⁴ pero la dirección política impuesta en este sentido ha dejado su huella.

Interesa anotar dentro de los territorios italianos la presencia en el año 1771 del llamado "Codice Estense", al cual participó el Uratorio con su obra "Dei difetti della Giurisprudenza"; esta obra es una recopilación casuística de "lex". Pero en la misma se nota la intención del Duca de Modena de limitar las funciones de sus tribunales.

Así quiere la regulación y solución de todos los procesos de su Ducado con la aplicación del "Código"; en casos de duda la "interpretación" será hecha por el "Supremo Consiglio di Giustizia", órgano de control del Soberano. Solo en caso de lagunas los intérpretes podrían utilizar el "Gius Comune" Derecho común.⁵⁵

En el 1745, se debe citar el tentativo en los territorios de la Toscana, mediante el cual el Soberano por medio del Pompeo Neri intentaba la reorganización general de las leyes; se plantea la necesidad de reformar la organización judicial, inspirándose a la experiencia del Piamonte, a la cual antes me referí, tentativo que no encontró realización en práctica pero va registrado en esta línea de pensamiento que me indica la presencia constante hacia la limitación de poder a los jueces, mejor intérpretes.⁵⁶

Y si la experiencia de los territorios italianos son ricos en indicaciones para el desarrollo de nuestra temática no lo son menos las experiencias de otras partes de la Europa continental. Veamos que también en lo que fue la Prusia, bajo el reinado de Federico Guillermo II, soberano iluminado el cual pretendió la reorganización en los diversos órganos del poder del Estado absoluto, en sus aspectos varios de política constitucional y administrativa. Sus programas de centralización del

50. TARELLO, Giovanni, *idem*, pág. 210 y ss.

51. GORLA, Gino, *op. cit.*, pág. 121.

52. Esta interpretación del rey modernamente la conocemos como "interpretación auténtica", antiguamente se llamaba "interpretación del Emperador" para limitar la actividad de los "glosadores". Sobre herencia de esta institución en el Ordenamiento costarricense basta ver nuestra Constitución Política (artículo 121, inc. 1).

53. Ver: GORLA, Gino, *op. cit.*, pág. 120 y 121.

54. *Idem*, pág. 121.

55. "...per il casus dubius, l'interpretazione generalis et necessaria sarà fatta dal Supremo Consiglio di Giustizia, ove parla la bocca del Soberano. Per il casus omissus (si intende omissus nelle costituzioni, cioè nel codice estense), si ricorre alla disposizione del Gius Comune. . . Per disposizione del Gius Comune — si devono intendere i testi del diritto romano. . . o si deve intendere invece quanto risulta dalle autorità di diritto comune, in particolare la communis opinio doctorum e quella dei Grandi Tribunali. . . *Ibidem*, pág. 122.

56. Ver: TARELLO, Giovanni, "Storia della Cultura. . .", *op. cit.*, págs. 211 y ss.

poder tocaban el orden judicial, al cual acusaba de incertezas y confusión en cuanto a la aplicación de las leyes se refiere. En esta dirección su aspiración iluminista al pedir para su reino leyes claras, precisas, de modo que al ser interpretadas lo será según el tenor literal de las mismas. Presente el ataque frontal contra los intérpretes y su "interpretatio".⁵⁷ Encargado por el Rey a esta reforma judicial lo que Samuel Cocceius, jurista de la época⁵⁸ y Canciller del Rey; el cual tuvo fortuna en la reforma procesal y de organización de tribunales, pero no se puede decir lo mismo de las reformas al derecho sustancial, todo esto en los últimos diez años de la primera mitad del siglo dieciocho.⁵⁹

Y no será una excepción la experiencia francesa del setecientos en el sentido que sigue nuestro ensayo. Es más la perspectiva y proceso de centralización de poderes de parte de una de las monarquías absolutas más fuertes de la época, presenta a mis ojos la existencia de puntos clarificantes que me ayudan a seguir este camino en el cual vemos como de una parte, la "lex" tiende a consolidarse poco a poco a convertirse en el instrumento legislativo por excelencia y de otra como la labor y facultades de los intérpretes "interpretatio" tiende a perder terre-

no, a una debilidad, que limitará sus facultades legislativas (crear derecho de frente a un caso concreto), aumentando la sujeción de estos a favor de aquellos órganos políticos que se imponen con mayor fuerza y quieren decididamente hacer de los intérpretes mecánicos repetidores de la voluntad del Rey o de quien ocupe el poder político. Y si en esta Francia no podemos limitar solamente el setecientos, aunque si este es el período que más me interesa, ahora, nuestro estudio ya que los interventos legislativos del Soberano se hacen sentir con gran peso en el quinientos y seiscientos, cual tendencia que desembocará en las codificaciones de fin del setecientos.⁶⁰

A fines del siglo XVI, en el año 1578, el monarca crea a fin de controlar los "Parlements" el "Conseildes Parties", órgano de su confianza, apto a decidir las demandas de casación presentadas de partes litigantes en lo que el Calamandrei llama materia de interés privado, pero que en realidad luego dice este autor, eran destinados a proteger los intereses del Soberano, siguiendo el camino de la centralización del poder. Con justa razón es de calificar este órgano, como un precedente de lo

57. "...le leggi devono essere chiare e precise nella loro formulazione, in modo da poter essere interpretate "secondo la lettera" (selon le sens de la lettre), da non indurre a ricorrere all' "intenzione del legislatore" (intention du législateur), e da non incoraggiare la litigiosità. . .".

La cita la obtengo del TARELLO, Giovanni, *op. cit.*, supra pág. 237.

58. Debo indicar que el Cocceius es un seguidor de la llamada escuela del Pufendorf (conocido como uno de los padres del Giusnaturalismo Moderno).

El Pufendorf nos interesa ya que en su obra encontramos la doctrina mediante la cual, allá donde no exista una ley "lex" no se abre el radio de acción de la "interpretatio", sino más bien se abre el espacio a la "libertà natural". Esta doctrina influirá los ambientes iluministas del setecientos y sus reflejos se sentirán en las modernas codificaciones de fin del ochocientos y sus inicios. El Tarello citando y comentando el Pufendorf nos dice:

"...Pufendorf definisce la legge ("lex") come un "comando (decretum) con cui un superiore obbliga un soggetto (sibi subjectum) a regolare le sue azioni secondo il proprio precetto 24; perciò per conoscere le leggi occorre conoscere il legislatore 25. Il legislatore da cui proviene il comando del diritto naturale è Dio 26; della legge civile, è legislatore chi detiene il sommo potere 27. Le leggi sono comandi sanzionati: "Ogni legge compiuta consta di due parti; una che a definisce ciò che si deve fare od omettere; la altra che indica quale male è inflitto a chi omette l'azione comandata e compie l'azione proibita 28. Il fondamento di ogni obbligo giuridico sta nel comando di un'autorità: ma poiché l'autorità comanda mediante la comminazione di sanzioni, la sanzione diviene il segno e la misura dall'obbligo giuridico 29. E' in tal modo che la teoria secondo cui la sanzione è il discrimine tra "obblighi" e "zone non disciplinate dal diritto" trova la prima (veramente esplicita) dalle sue moltissime formulazioni. Come in ogni concezione voluntaristica e non naturalistica della legge, si isola una sfera di libertà costituita dalle azioni non esplicitamente vietate. . . Quelle azioni su nessuna parte delle quali una legge dispone si dicono lecite o permesse. . . nello stato naturale sono permesse tutte le azioni non vietate da Dio, e una volta che l'uomo entra nella società civile sono permesse tutte le azioni non vietate dalle leggi civili. Si tratta di una concezione importante perché introduce l'idea di una libertà naturale, di cui resta un residuo in tutte le materie non esplicitamente regolate dalla legge. . . questa ideologia ritaglia inevitabilmente una serie di libertà naturali, che sono praticamente, i "diritti (soggettivi) naturali" "che verranno teorizzati qualche anno più tardi della cultura illuministica 31", TARELLO G., *op. cit.* supra, págs. 106 y ss.

59. *Idem*, págs. 234 y ss.

60. "Il movimento per l'intervento legislativo a largo raggio in relazione al processo di accentramento nonarchico. . . nel 1669 si ha l'ordinance dal cancelliere Michel de Marilhao (che fallisce per l'opposizione della nobiltà e dei Parlements). Sotto Luigi XIV, che aveva strumenti di pressione, si ebbero invece le ordonnances preparate del Colbert, che ebbero certa efficacia sia pure nei limiti di interventi parziali: nell'aprile 1667 (c. D. Code Louis, sulla procedura civile), nell'agosto 1669 (sulle acque e foreste), nell'agosto 1670 c. D. Code Criminal, sulla procedura criminale), nell'marzo 1673 (sul commercio di terraferma), nell'agosto 1681 (sulla marina). . .". *Idem*, pág. 206.

que en la futura Revolución Francesa se llamará "Tribunal de Cassation".⁶¹

Si estos interventos tuvieron alguna fortuna, la situación en la primera mitad del setecientos nos presentan la figura del Cancelliere Deguesseuu, que en la preparación de sus "Ordenances" tocando diversos temas del Derecho Privado, intervenciones ya tendientes a una codificación en gran estilo. En su obra, se preocupa de la situación de los diversos tribunales y aconseja para el mejoramiento de la Ciencia del Derecho, de las partes de los jueces, que es necesario una especie de código que sea objeto fijo y cierto para los mismos.⁶²

Es claro a este punto ver como al Deguesseuu, aparte sus limitados éxitos, al momento de querer obtener para sus diseños de codificación el apoyo de los "Parlements" estos rechazaron sus iniciativas ya que tocaban los poderes de los mismos, manifestando la oposición hacia la tendencia totalizante de la centralización monárquica.

Esto no quiere decir que no existían tribunales complacientes al Soberano, sino que existían Tribunales que se oponían a tal política al ver en peligro privilegios antiguos, feudales a los cuales se les acercaba la hora de un nuevo equilibrio en la ya cercana revolución de la segunda mitad del siglo XVIII.⁶³

Me parece que del análisis de estas últimas páginas notamos que los tentativos dirigidos a limitar las autonomías de los tribunales (autonomía normativa), fue un punto importante dentro de los más amplios programas del Poder absoluto. En diversas partes de la Europa continental del setecientos estos impulsos, en particular aquellos dirigidos a controlar los "intérpretes" tuvieron éxito y en otros contextos quedaron como meros tentativos; pero lo importante es que la idea que era hora de eliminar las incertezas del derecho y las arbitrariedades de los tribunales; la necesidad de cuerpos de leyes simples unívocos, claros, precisos,

en busca de una racionalidad de derecho, aptos a garantizar las instancias centralizadoras del poder y el garantizar tal situación, había ya penetrado en la vida cultural del siglo. En particular el promover la "lex" ley como el fundamental instrumento legislativo y por consecuencia localizar tal poder y facultades en un Soberano, o en Asambleas parlamentarias de raíz liberal como luego sucedió, significaba también la sustancial reducción de los poderes de los "intérpretes" y su "interpretatio". La experiencia a analizar o sea aquella francesa de fin de siglo (setecientos) e inicio del ochocientos nos dará más indicaciones a nuestro trabajo. Tal reducción se planteaba en términos durísimos dada la desconfianza acumulada contra los tribunales (justificada en mi opinión en la época en cuestión); y es así que a nivel teórico nos encontramos con la elaboración y continuación de concepciones dirigidas sustancialmente a vaciar aquellas facultades que permitían a los "intérpretes" en alguna medida crear derecho, compartiendo en medida desigual los poderes legislativos concentrados ya en el poder político.

Pero pasemos a analizar aquella parte que interesa a nuestro trabajo, cual es la experiencia de la Revolución Francesa, de las codificaciones modernas y ver el equilibrio que surge entre la "lex" y la "interpretatio", entre poder legislativo y poder judicial.

La Revolución Francesa en sentido lato constatará aquel "ancien régime", la monarquía absolutista con sus antiguos o inútiles privilegios y portará al triunfo de los grupos burgueses y a tal consolidación en el poder económico y político el cual será plasmado en las codificaciones modernas, en particular en aquellas del 1804 en el "Code Civil".⁶⁴ Estamos de frente a una nueva organización a equilibrio de los poderes del Estado; y a el Montesquieu en su "Esprit des Lois" (1748) a nivel teórico presenta la famosa división de poderes del Estado,⁶⁵ en la cual localiza tres poderes fundamentales: poder legislativo, poder ejecutivo, poder

61. CALAMANDREI, Piero, "La Cassazione Civile", Editorial Bocca, 1920, Italia, Tomo I, págs. 316 y ss.

62. "...affinché coloro che vogliono acquisire la scienza del diritto, sia per difendere gli interessi della parti sia per esserne giudici, abbiano una specie di codice che divenga l'oggetto fisso e certo della loro attenzione. . .". La cota la obtengo del Tarello, *op. cit.*, pág. 205.

63. *Ídem*, pág. 207.

64. CORRADINI, Domenico, "Garantismo e Statualismo", *op. cit.*, pág. 25 y ss.

65. *Ídem*.

judicial.⁶⁶ De esta concepción me interesa aquella sobre el poder judicial, porque con Montesquieu se piensa en la función de jueces y tribunales en un sentido mecanicista, o sea el juez o "intérprete" debe exclusivamente aplicar la "lex" ley al caso de discusión. Estas ideas tendrán gran fortuna en el iluminismo jurídico presente a la época de la Revolución, en la cual se debe anotar el culto, si queremos excesivo de la ley, como punto cardinal de los programas revolucionarios.⁶⁷

Si recordamos que en las intenciones de los monarcas absolutistas existía la intención clara y precisa de limitar la autonomía de los tribunales; la historia parece repetirse en los programas de los revolucionarios, ya que ellos manifiestan desconfianza, acusan de arbitrariedad los tribunales del "ancien régime", de sus excesivos poderes, así vemos que una dirección precisa contra los mismos es la emisión de la ley del 3 de noviembre de 1789, mediante la cual los "Parlamentos" fueron suspendidos de sus funciones, y no fueron reunidos posteriormente.⁶⁸

Sucesivamente la Asamblea Constituyente Francesa emite dos leyes importantes: ley de 27 de noviembre-1 diciembre 1790, con la cual se crea el Tribunal de Casación "Tribunal de Cassation",

con la función de controlar jueces y tribunales y de garantizar la observancia de la ley, así como de anular las sentencias que contengan una contravención expresa al texto de la ley (tout jugement qui contiendra une contravention expresse au texte de loi).⁶⁹ De anotar el carácter de órgano legado a Poder Legislativo del citado Tribunal, que confirma la intención clara de someter bajo control los tribunales al Poder Legislativo, órgano político por excelencia de los sistemas parlamentarios.⁷⁰ Interesante es tratar de entender el significado que podía tener esa función precisa del Tribunal de Casación, mediante la cual podía anular aquellas sentencias en las cuales existiera una contravención al texto preciso de la ley, y en un contexto histórico en el cual encontramos que todavía el grueso o la mayoría de las leyes "lex", son compuestas por aquel material jurídico que llamamos "casuístico",⁷¹ porque en este momento las codificaciones que consagrarán las leyes entendidas como generales y abstractas expresiones de la voluntad general, están a breve tiempo de ser emitidas pero todavía no existen.

"Lex", recordemos que decidían específicamente el punto en cuestión, sea el "casus legis". Al parecer, lo que sucedió en un primer momento fue

66. Interesantes a este respecto comentario y citas sobre el Montesquieu que hace el Tarello: "... Il potere legislativo é quello per cui 'il principe o il magistrato fa delle leggi, per un tempo stabilito o per sempre, ed emenda o abroga le leggi già fatte' " 90. Si noti che Montesquieu poco dopo, e quasi incidentalmente, fa un'affermazione destinata a gravare come una pesante ipoteca sul pensiero giuridico europeo: e cioè che il potere legislativo "non si esercita su alcun (soggetto) particolare. . . altro non essendo che la volontà generale dello Stato" 91. Il potere esecutivo delle cose che dipendono dal diritto delle genti 92 chiamato anche, più semplicemente, "potere esecutivo dello Stato" 93, é quello per cui il principe o il magistrato "fa la pace o la guerra, invia o riceve ambasciate, procura la sicurezza pubblica (établit la sureté), previene le invasioni" 94. Il potere esecutivo viene incidentalmente ridotto dal Montesquieu a "null'altro che. . . l'esecuzione della volontà generale" 95.

Il potere "esecutivo delle cose che dipendono dal diritto civile" viene detto anche più brevemente "potere di giudicare o potere giudiziario" fa il suo ingresso nell'armamentario lessicale giuspolitico, distinguendo nell'ambito prima genericamente designato come "giurisdizione" o competenza giuridica, il giudizio reso sulla base di una formulazione direttiva preconstituata, sia dalla legislazione sia dall'attività di governo e di amministrazione.

Questo "potere di giudicare" é quello con cui il principe o il magistrato "punisce i crimini o giudica le controversie dei privati" 97. Si noti che questo "potere di giudicare" viene definito come potere di punire i crimini e decidere le controversie dei privati solo podo che già sono individuati i poteri di legisferare e di governare; talché il potere di giudicare deve intendersi come il potere di punire crimini e di decidere le controversie tra i privati nella misura in cui la punizione dei crimini e la decisione delle controversie non rientra nelle attività di legislazione e di amministrazione. In altre parole, il "potere di giudicare" viene individuato in mono da identificare il suo esercizio in u'attività puramente intellettuale e non realmente produttiva di "diritto nuovo" essendo da una parte limitata dalla legislazione, che concettualmente la precede, e dall'altra dall'attività di esecuzione che, procurando la sicurezza pubblica, include anche l'attività di esecuzione materiale dei giudizi che costituiscono il contenuto del "potere di giudicare". . . Il potere de giudicare é "in qualche modo un potere nullo" 98. . . ". *"Storia della Cultura Giuridica Moderna"* op. cit., págs. 287 y ss.

67. "... La Rivoluzione he elaborato due concetti, che sono l'espressione dei due aspetti fondamentali dell'illuminismo giuridico: il concetto di diritto individuales (inteso soprattutto nella sua accezione di diritto soggettivo pubblico) e il concetto di legge. . . generale e astratta, espressione della volontà popolare". CATTANEO, Mario, *"Illuminismo e Legislazione"*, Editorial, Comunità, 1966, Italia, págs. 99 y 100.

68. *Idem*, pág. 107.

69. *Idem*, pág. 112.

70. *Idem*.

71. Que la situación era planteada en estos términos es opinión de GORLA, Gino, *"Il precedenti storici . . ."*, op. cit., pág. 121 y ss., el cual ilustra con sentencias de tribunales franceses de la época tal posición.