

la obligación de parte de los jueces de aplicar en sentido tradicional aquellas "lex", pero quedaba el interrogante a resolver, que era aquel de suplir las posibles y reales lagunas, los casos dudosos; textos oscuros en los cuales fuera necesario realizar una interpretación al caso pendiente. O sea, el espacio que generalmente reclamaba como competencia el uso de la "interpretatio" y que abría la posibilidad a los antiguos "Grandes Tribunales" de crear derecho en uso de facultades legislativas que en este momento son contestadas. La solución de la Asamblea Constituyente a lo anterior vino con la ley del 16-24 agosto 1790 en la cual se crea los llamados árbitros legislativos obligatorio y facultativo (référé législatif sea obligatorio y el facultativo).⁷² Interesa conocer el significado del "référé facultatif". Este consistía en que el encontrarse los tribunales inferiores de frente a un caso al cual no se podía aplicar un texto expreso de ley (fuera este caso en el cual se presentaba la laguna, o la duda o oscuridad del texto), en su sentido claro y preciso; en tal situación el tribunal debía comunicar, referir, al órgano legislativo, a fin de que realizara la interpretación auténtica de la ley. El sentido de facultativo (facultatif) para el juez era el decidir cuando era necesaria la interpretación auténtica y referir, pero es de anotar que tal decisión venía controlada posteriormente cuando el caso fuera al control e instancia de la Corte de Casación. Así que más que facultativo parece convertirse en una obligación.⁷³ A estos datos debemos sumar otro que me parece de importancia y es que; la misma ley que establece los árbitros legislativos en su título II, artículo 10, establece la prohibición a los jueces de decidir los casos disponiendo en vía general,⁷⁴ sea que la sentencia tendrá efecto solo entre las partes que acuden al proceso. Debo recordar si bien es cierto en diversos momentos y contextos la "interpretatio" y sus intérpretes ejercitaron positivamente la facultad de disponer en la decisión de sus casos en vía general.

Con la consecuencia que la jurisprudencia tuvo el valor de fuerza de ley, así como en otros diversos momentos y diferentes contextos la "interpretatio" tuvo efecto solo en la decisión y efecto entre las partes, pero creando al menos derecho a tales partes.⁷⁵

En la eventualidad de que existiera alguna duda de la anterior temática, la ley que citamos expresamente y literalmente ajusta los tribunales con la prohibición de ejercitar sea directa como indirectamente el poder legislativo: —*Les Tribunaux ne pourront prendre directement ou indirectement aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l'exécution des décrets du corps législatif sanctionnés par le Roi*— (art. 10, título II-ley 16-24 agosto 1790).⁷⁶

En la mentalidad de los iluministas revolucionarios aparte la ya famosa Declaración Universal de los Derechos del Hombre; está el elevar la "lex" la ley al máximo culto jamás imaginado, la ley será el instrumento legislativo por excelencia y único mediante el cual se filtra el poder político de las asambleas parlamentarias. En el Estado de Derecho es la ley a resolver los problemas del vivir social. No puede concurrir otro órgano o persona a compartir el poder legislativo que no sean las asambleas parlamentarias, que a su vez representan para decirlo con Rousseau la "voluntad general". A este punto el privilegiar la ley supone al mismo tiempo y dentro de este contexto la debilitación del poder normativo autónomo de los tribunales, y esto intentan lograrlo los revolucionarios mediante los instrumentos que antes hemos analizado.

La creación del Tribunal de Casación significa, el control y supremacía del Poder Legislativo (reconocido aquí como asamblea parlamentaria representante del pueblo) sobre el Poder Judicial. La Casación vela por la aplicación expresa de los textos de ley, siendo a su vez un órgano del poder legislativo, al menos al nacer, porque es cierto que

72. CATTANEO, Mario, "Illuminismo e Legislazione", op. cit., págs. 112 y 113.

73. "... Il référé législatif, cosiddetto facoltativo. . . imponeva (21) ai giudici di rivolgersi al Corpo legislativo, toutes les fois qu'ils croiront nécessaire d'interpréter une loi. La necessità di interpretazione, sorgeva —quando mancasse sul caso un texte espres o précis de la loi. . . o quando il testo della legge fosse oscuro. Era il concetto del casus omisus o novus e del casus dubius. . . Il concetto base, che segnava il dominio —rispettivamente della Casation e del référé, era dunque quello tradizionale in Francia come in Italia, del casus legis, o di caso (precisamente) deciso dalla legge, o di legge espresa sul caso. . . Era il concetto tradizionale che segnava negativamente, cioè in mancanza del testo espresso; l'apertura del campo dell'interpretatio. . . GORLA, Gino, op. cit., págs. 122 y 123.

74. CATTANEO, Mario, op. cit., pág. 107.

75. GORLA, Gino, op. cit., págs. 117 y ss.

76. La cita la obtengo del CATTANEO, Mario, op. cit., pág. 112.

posteriormente ocupará un nuevo puesto y será parte del Poder Judicial.

Pero el hecho es que nace como parte del legislativo. La creación del "référé législatif facultatif" no es otra cosa que la voluntad precisa dirigida a reservar al poder legislativo la completa y total posibilidad de interpretar las leyes (interpretación auténtica).⁷⁷ Allá donde exista un texto oscuro, duda, laguna, solo podrá ser resuelta por el poder legislativo. La prohibición a los jueces de decidir los casos en vía general y la clara y explícita de no abordar ni indirectamente ni directamente el poder legislativo. Estas instancias iluministas están por eliminar la "interpretatio" medio por el cual se expresaban los antiguos intérpretes, pero también era la pretensión de eliminar el símbolo que representaban sea el "ancien régime", protectores jurídicos de los antiguos y odiosos privilegios feudales.

De la "interpretatio" estamos por pasar a la "interpretación de la ley". Recordemos que los antiguos tribunales estaban ligados si a la aplicación de la "lex" cuando esta resolvía el punto clara y expresamente, en punto, casus legis; si el caso no encontraba una solución exacta dentro de una de estas leyes de tipo casuístico, ahora la competencia de la "interpretatio" entraba en función (competencias propias jurídico-legislativas) del intérprete y que consistían a este punto de dar una respuesta jurídica, crear derecho, para un caso no regulado, una relación social no calificada de ninguna "lex"; o al menos no claramente calificada de una "lex".

La "interpretatio" podía significar la clarificación, o adecuación de un texto oscuro de ley a la creación de una solución jurídica para una relación no regulada; con base en aquella dialéctica ya examinada entre autoridades y razones. La posibilidad de interpretar una "lex" por los antiguos intérpretes proviene de una competencia propia de la "interpretatio" y no porque lo autorice una "lex".⁷⁸ Este equilibrio se rompe en la nueva distribución del poder, porque pasamos a la siguiente situación: una concepción mecanicista de la función judicial.

En sentido total la "lex" expresión absoluta del poder legislativo (concentrar todo el poder político antes en el monarca, ahora en las asambleas parlamentarias), deberá regular toda la conducta de los seres que viven en sociedad. El Juez o tribunal debe simplemente aplicar tales "lex" al caso por ella previsto. Digo que se pasa de la "interpretatio" a la "interpretación de la ley" en el sentido que ya al "intérprete" no le compete por ninguna parte el análisis de un hipotético caso no regulado u oscuro, dudosamente regulado. Según los iluministas las leyes deben prever totalmente, clara, simplemente a la regulación de todos los posibles conflictos. El trabajo técnico del juez se reduce a aquella mecánica operación intelectual de aplicación (localización de la ley que resuelve el conflicto) de la "lex". Interpretación de parte de los tribunales en este momento significa solamente "aplicación". Interpretación de parte del órgano legislativo (aquella auténtica) puede significar hasta "creación" de un nuevo derecho al máximo; al mínimo clarificación, adaptación de las "lex". Pero a este punto nos encontramos con un denominador común la "lex" ley es aquel acto preconstituido que se puede interpretar. La interpretación tendrá sentido en el tanto y cuanto existan las leyes, la ley será el sustantivo, la interpretación un adjetivo. La interpretación solo tiene razón de existir allá donde existan las leyes (como acto previo político que permite luego la función del poder judicial). Recordemos que con la "interpretatio" se interpretaban no solo aquellas "lex" oscuras, dudosas, sino los antiguos textos del derecho común, las costumbres, los estatutos municipales, aquellos corporativos, y en fin "interpretatio" quería decir también la posibilidad de crear un nuevo derecho. De una concepción en la cual el "intérprete" podía intervenir con base en algunas facultades legislativas en la regulación social, se pasa una concepción en la cual el "intérprete", será aquel operador técnico (ya eliminada su función política) que simplemente aplicará las "lex", sea el filtro por medio del cual el poder político —ya centralizado antes en el monarca absoluto, ahora en los órganos representativos— se expresa.

77. La interpretación auténtica repito no es sino aquella que en tiempos lejanos se llamaba "interpretación del emperador" con Gustiniano. En las monarquías absolutas la "interpretación del Rey" o "Soberano Oráculo". Es una fórmula que se repite pero que deja ver la intención clara hacia centralización de funciones, centralización de poder en última instancia.

78. Las presiones de monarcas, luego de los revolucionarios franceses al fin de someter aquellos "arbitrarios" tribunales; y la centralización del poder de parte de monarcas y asambleas parlamentarias es indicativo que los tribunales compartían en alguna parte el poder legislativo.

Y si la "interpretatio" parece desaparecer, por otra parte se inicia un nuevo proceso, mediante el cual la "interpretación de la ley" adquirirá en aquellos lugares donde se adoptan las codificaciones modernas diferentes significados, pero tendientes a recuperar en alguna manera de nuevo para los "intérpretes" más y mayores competencias en la problemática moderna de la interpretación de la ley; a la recuperación de la responsabilidad política que compete a tan delicado e importante órgano del Estado.

En este momento, nuestro campo de investigación se restringe, la experiencia nos impulsa a continuar ahora con solo el significado que puede tener la concepción "interpretación de la ley" y dentro de los fines limitados de este ensayo hasta el período de la "escuela de la exégesis", y ver qué cambios sufre la citada concepción.

La función mecanicista del poder judicial debe ser entendida y coligada a la otra aspiración de la época: la emisión de códigos, que unieran la calidad de ser simples, claros, constituidos de pocas leyes, pero que regularan todos los comportamientos humanos de la manera más justa posible.

Lo anterior es opinión dominante en los sectores iluminados, el mismo Rousseau piensa que todo pueblo tiene necesidad de solo tres códigos: uno político, uno civil, y uno criminal; los tres claros, cortos y precisos.

Estos serán enseñados no solo en las universidades, sino también en todos los colegios y sentencias, que no es necesario emitir más leyes. Es necesario según Rousseau que las leyes sean de conocimiento de todos los ciudadanos.⁷⁹

Este motivo fundamental de querer pocas; claras y precisas leyes se repite constantemente en los motores que impulsan hacia las codificaciones modernas; así que si las leyes son de esa manera, lógicamente la función de quién las debe aplicar según los iluministas será más que simple; porque tal función no es otra, que aplicar las magníficas leyes a los conflictos de los ciudadanos sin necesidad de alguna interpretación de las mismas (interpretación entendida como actividad creativa del intérprete) o de dar un sentido diferente al ya

existente para una justa solución del conflicto. En síntesis de esta experiencia iluminista revolucionaria se nota cómo se porta a un puesto de honor el concepto de ley, entendida como el instrumento legislativo por excelencia por medio del cual el poder político se expresa en la regulación de la conducta social. Se expresa en este período la idea según la cual la función judicial, es de naturaleza puramente mecánica, sea la función del juez es solamente aplicar el derecho existente, que son las leyes. Interpretación de la ley significa que la actividad interpretativa tiene razón de ser allá donde existan aquellos actos jurídicos preconstituidos que llamamos ley. Sea que para que exista la posibilidad de "interpretar" es necesario que de previo existan las "leyes".

El poder legislativo es previo a la posibilidad funcional del poder judicial. El poder judicial no puede crear derecho, allá donde falten o no existan leyes. La función creativa de la antigua "interpretatio" nos ilustra en otro sentido, sea que los tribunales, en general los "intérpretes", compartían en alguna manera la función legislativa. En fin, que es competencia absoluta en la interpretación y regulación de los hechos sociales solo el poder legislativo. Previo este paso la función judicial es "nula" como decía Montesquieu; luego que fueron emitidas las leyes ahora sí que los tribunales podían "interpretar la ley" no los hechos sociales, los conflictos sociales. En la concepción iluminista interpretar con referencia a los tribunales quiere decir únicamente aplicación mecánica de la ley.⁸⁰ Cualquier otro tipo de interpretación es competencia del órgano que ha hecho las leyes (interpretación auténtica).

Es necesario ahora analizar la suerte de tales concepciones y a este punto la prueba de fuego serán las experiencias surgidas con motivo de la emisión de los códigos de la época de Napoleón, experiencia en la cual las concepciones iluministas sufrirán el efecto de sectores más pragmáticos y el efecto surgido de las experiencias prácticas que tales concepciones habían promovido. En particular me refiero a la emisión del Código Civil de 1804, padre del Código Civil italiano de 1865, padre del Código Civil costarricense de 1888.

79. Las consideraciones del Rousseau las obtengo del CORRADINI, Domenico, "Garantismo e Statualismo", op. cit., págs. 29 y ss.

80. "... Anche in Montesquieu ricorre il concetto di testo précis de la loi, vincolante, alla cui azzilicazione devono limitarsi i giudici; e al di là del quale incominciava la interpretation, che anche... vuole loro vietare. Anzi, egli vorrebbe che il giudice fosse lo stesso testo précis de la loi...". GORLA, Gino, "I precedenti... ", op. cit., núm. 20 a la página 124.

Con la emisión del "code civil" se asiste a un evento de particular importancia a la cultura jurídica moderna.

En el mismo debemos encontrar la novedad que supone la reorganización "ab imis" de la materia del derecho privado.⁸¹ Por una parte aquel proceso de centralización del poder; que era presente en el Estado absolutista, es presente de nuevo en la formación del nuevo Estado liberal y democrático, y se realiza con satisfacción en la nueva idea del Estado de Derecho, única fuente de derecho. Con esto se eliminan en la Francia del ochocientos los citados particularismos jurídicos (sistema jurídico descentralizado),⁸² con la consecuencia que los nuevos códigos, el civil a nuestra atención, regulará la materia correspondiente al derecho privado en todo el territorio francés sin excepción. Por otra parte el "code" presenta una característica de gran importancia que supone el abandono del sistema tradicional usado por el antiguo legislador en el método de elaboración de las leyes; se pasa de un sistema fundamentalmente casuístico, a un sistema de elaboración de leyes en sentido general y abstracto.

Esto significa fundamentalmente que se adoptarán criterios que permitan la regulación social con base en la emisión, proposiciones o principios generales, lo más simples, claros y poco posibles. Se pasa de un sistema de coexistencia de una pluralidad de fuentes del derecho a una sola fuente del derecho; pero este proceso significa también la simplificación del nuevo derecho que adoptará a fin de obtener tal efecto, mediante el uso de nuevos instrumentos técnicos, pero también más profundamente de un momento político que permitiera tal cambio radical.⁸³ Estos principios generales, serán la guía fundamental y total en la solución de todos aquellos problemas, casos, que serán sometidos al intérprete por excelencia del derecho, el juez.

La operación se plantea al juez de la siguiente manera; su posición y actividad viene ahora a encuadrarse, gracias a un préstamo que nos viene de la lógica, a la solución de un silogismo; premisa mayor es la ley entendida como un principio o proposición general y abstracta; premisa menor es el caso concreto y la conclusión será la sentencia. El juez lo que debe hacer es simplemente encau-

81. CORRADINI, Domenico, "Le codificazioni civilistiche dello ottocento", op. cit., pág. 56.

82. Ver págs. 37 y ss. de este ensayo.

83. En lo que se refiere a este problema de la codificación una síntesis interesante se puede leer en la siguiente cita: ". . . La semplificazione dei sistemi giuridici richiedeva che si verificassero tre condizioni, e precisamente: a) che si introducessero criteri economici nella formulazione delle regole di diritto; b) che il diritto riformulato con criterio economico (sotto il profilo formale) non fosse assolutamente un 'aggiunta, al diritto precedentemente vigente, ma fosse abrogativo di quest'ultimo, ed escludesse etero-integrazioni atte a riprodurre conflitti tra sistemi di norme; c) che il contenuto del diritto riformulato e non etero-integrabile consentisse il massimo di semplificazione. . . Per quanto concerne l'adozione di criteri economici di formulazione delle norme, la codificazione poté avvalersi dell'apporto dei tre filoni più importanti della cultura giuridica settecentesca. Il primo filone è quello del giusnaturalismo derivato dal Puffendorf, che aveva trovato interpreti allo inizio del secolo XVIII nel Thomasius e in Samuel Cocceij, e si era diffuso per tutta Europa penetrando anche la cultura illuministica francese attraverso divulgatori Barbeyrac, Heinecke, Burlamaqui; esso esercitò notevole influenza sul primo tentativo (poi fallito) di codificazione prussiana (il progetto Cocceij), sulla codificazione austriaca (attraverso il progetto Martini) e su alcune carte costituzionali francesi; prescindendo dai contenuti e limitando l'attenzione al profilo formale, questa tendenza culturale favoriva l'enunciazione di norme in forma di divieti, permettendo di costruire come diritti le attività non colpite da divieto; forma di legislazione economica, in quanto consentiva di eliminare le norma sulla libertà e facoltà. Il secondo filone, essenzialmente germanico, può farsi risalire alle opere giuridiche del Leibniz, ma circolò nella cultura giuridica attraverso le opere del Wolff e del Nettelbladt; la sua influenza formale fu duplice esercitandosi in via specifica e in modo pregnante sulla codificazione prussiana del 1794, e in via generale le codificazioni civile ottocentesche attraverso la sua teoria più caratteristica, quella secondo cui il diritto è costituito da un sistema di proposizioni non incompatibili reciprocamente; proposizioni che connettono soggetti (giuridici) a predicati (giuridici), proposizioni che sono vere, e dalle quali pertanto, con le regole di trasformazioni delle proposizioni che sono offerte dalla logica, possiamo perciò pervenire ad ulteriori proposizioni (giuridiche) vere (vere in quanto incluse nel sistema giuridico); dottrina che suggerisce l'espressione di norma in forma di attribuzioni, al livello più generale, di predicati giuridici a soggetti; espressione economica in quanto suggerisce di legiferare solo sui principi generali e le (eventuali) eccezioni, evitando dettagliate casistiche.

Il terzo filone proprio della cultura francese, espresso essenzialmente da Domat e Pothier, forniva un economico sistema di concetti, di derivazione romanistica, atto a suggerire una semplice cartografia delle discipline giuridiche, in particolare per quanto si riferisce al diritto privato delle obbligazioni e dei contratti. Per quanto concerne l'abrogazione del diritto precedente e il divieto di etero-integrazione, la codificazione poté svilupparsi su queste linee nella misura in cui i legislatori erano disposti ad accogliere talune idee dello illuminismo, quali quella secondo cui la legge deve essere espressione di una ragione che i diritti storici non esprimevano, e quella della subordinazione del giudice alla legge e della separazione del legislativo dal giudiziario. Ma per quanto concerne la terza condizione, e cioè che i contenuti fossero in sé semplici, si trattava di una condizione solo apparentemente tecnica ma in realtà politica; e poteva realizzarsi soltanto in un quadro politico sostanzialmente rivoluzionario. Infatti una codificazione, per essere

drar, clasificar, la premisa menor en alguna premisa mayor y entonces llegará el resultado o conclusión, solución del problema jurídico.

El Código se nos presenta como un conjunto de normas, en el sentido antes descrito, que tienden a regular de la manera más completa, exhaustiva posible los comportamientos de los individuos; necesariamente modelando las instituciones más importantes de la estructura social-económica. Es en esta prospectiva general que debemos entender el artículo 4 del Código Civil de 1804 de la Francia —postrevolucionaria; código que lleva la marca e influencia de diferentes juristas famosos, pero que a nuestro efecto debemos destacar la figura del Portalis.⁸⁴ Del mismo nos interesa su concepción e influencia en el citado artículo 4, en el cual se toca nuevamente la figura del intérprete por excelencia del Derecho; el juez. El artículo dice aproximativamente en nuestro idioma: "El juez que se rehúse a juzgar, bajo pretexto de silencio, de oscuridad o insuficiencia de la ley, podrá ser perseguido como culpable de denegación de justicia", en francés "le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi,

pourra être poursuivi come coupable du deni de justice".⁸⁵

Lo anterior significa un primer golpe a las concepciones iluminísticas plasmadas en las leyes anteriores al código; o sean la del 16-24 agosto 1790 y la de 27 nov. 1 dic. 1790, porque supone la desaparición del sistema del "référé" legislativo, que pretendía sustancialmente en caso de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes un reenvío al poder legislativo, al efecto de realizar la "interpretación auténtica" prevista. Por otro lado supone un cambio en la función que fin a este momento tenía el Tribunal de Casación; que pretendía sustancialmente garantizar la aplicación (en su sentido literal) de las leyes mediante la Casación o la anulación de sentencias que contengan una contravención expresa al texto de ley. Este cambio consiste en la paulatina motivación de las sentencias, significando en alguna medida la interpretación de la ley.⁸⁶

A este punto nos podemos interrogar; ¿significa lo anterior el reconocer nuevamente ciertas facultades legislativas al intérprete-juez, en qué medida, en qué casos, y si esta posibilidad se limita

semplice nei contenuti, doveva passare per due strade tra loro solidali sotto il profilo ideologico; l'unificazione del sogetto di diritto e la esclusione del corpo di diritto semplificato di quante più materie possibili. Nel quadro di una concezione della regola giuridica come proposizione che congiunge a un soggetto giuridico un predicato giuridico, è chiaro che il sistema di regole giuridiche complessivamente più semplice è quello in cui il soggetto è unico (e i predicati sono pochi), in modo che il sistema sia costituito esclusivamente: dalla definizione dei predicati dalle regole che ascrivono (o revocano la precedente ascrizione di) ciascun predicato al soggetto unico, e dalla posizione di principi generali relativi alla compatibilità dei vari predicati. Laddove invece, se i soggetti sono di diverso tipo, il sistema diviene complicato perché deve comprendere: a) la definizione dei diversi tipi di soggetto; b) la definizione dei diversi predicati; c) le regole relative alla convenienza di ciascun tipo di predicato a ciascun tipo di soggetto (cioè un numero di rigole pari al numero di regole del sistema più semplice, moltiplicato per il numero dei tipi di soggetto); d) le regole relative alla compatibilità dei predicati, ma non in generale, bensì rispetto al ciascun tipo di soggetto. E' chiaro che un sistema giuridico non può avere struttura semplice (nel senso sopra chiarito) se configura differenze soggettive a causa della classe sociale, del mestiere della religione, della razza, del sesso, dello stato familiare, e così via; è perciò chiaro che un sistema giuridico settentesco non poteva andare molto avanti sulla strada di questo tipo di semplificazione (e, del resto anche i sistemi contemporanei non sono sotto questo rispetto molto semplici).

E' chiaro, tuttavia, che... nella disciplina politico-costituzionale la codificazione, per essere semplice... avrebbe infatti dovuto ignorare quanti più possibili-status soggettivi, cioè ridurre il soggetto all'uomo (anche la distinzione tra uomo e cittadino è foriera di complicazioni), eliminando ogni rilevanza di corpi sociali-diversi dall'uomo che, appunto, costituisce una rivoluzione politica, e non tecnica. Nella disciplina civilistica la codificazione, per essere semplice in questo senso, avrebbe dovuto da una parte configurare il soggetto unico, trasportando eventualmente le distinzioni dal soggetto al predicato delle preposizioni giuridiche (soggetto di diritto unico, diversi tipi o gradi di capacità-predicato), e dall'altra parte avrebbe dovuto limitare il numero di predicati (pochi tipi di capacità; possibilmente un solo diritto soggettivo reale come la proprietà, e in ogni caso piccolo numero, e chiuso, dei diritti reali —minori—; piccolo numero di cause dell'obbligazione, possibilmente clausola generale per l'illecito ed esclusione di liste di illeciti nominativi, e riduzione ad unità, sotto forma di contratto, dell'assunzione volontariadi obblighi; riduzione della disciplina della famiglia ai soli profili - patrimoniali, ecc.); ciò costituisce, appunto una codificazione, civile addatta ad un'organizzazione socio-economica liberale...". TARELLO, Giovanni, "Le idee della codificazione" ensayo que se puede localizar en el libro "Il Diritto Privato nella Società Moderna", op. cit., págs. 49 y ss.

84. CORRADINI, Domenico, "Le Codificazioni Civilistiche dell'ottocento", op. cit., págs. 58 y ss. y CATTANEO, Mario, "Illuminismo e...", op. cit., págs. 121 y ss.

85. Ver, Code Civil Français. Editorial Dalloz, París. También ver el "Codice di Napoleone. Il Grande pel Principato Lucchese", artículo 4, edición oficial 1806.

86. "... Il sistema del référé e della limitazione della Cassation alla contravention expresse, sistema che doveva chiamare spesso all'opera il corpo legislativo, si rivelò tosto impraticabile, sicché se ne propose l'abolizione, che avvenne con l'emanezione del code civil (28). D'altro lato, il Tribunal de Cassation cominciò ben presto a motivare (talvolta, non sempre) i suoi arrêts, facendo l'interprétation della legge...". GORLA, Gino, "I precedenti... ", op. cit., pág. 125.

a la solución solo del caso concreto a efecto entre las partes o bien, podría el precedente adquirir fuerza de ley? La solución a la última parte de esta interrogante nos viene propio del código en su artículo 5,⁸⁷ que prohíbe a los tribunales la posibilidad de disponer en vía general y reglamentaria en la solución de las causas, se repite el artículo 10 de la ley 16-24 agosto 1790, limitando el efecto de la sentencia solo a las partes del proceso. Es el primer problema a presentar una cierta dificultad porque al desaparecer el "référé"; que deben hacer los jueces que se encuentran en una nueva circunstancia que sería la emisión de esta obra monumental de su época, el código. Por una parte tenemos la idea iluminista que tal cuerpo de leyes debía regular a satisfacción las relaciones interprivadas, ya que expresaba los derechos naturales del hombre racionalizados, por el legislador, recibiendo por tal proceso la positivación de los mismos.

Por otra parte, tenemos voces más pragmáticas que llaman la atención y se manifiestan en el mismo momento de la emisión de los códigos, sobre la imposibilidad de prever de una vez por siempre todas las hipótesis imaginables necesarias a la regulación social, para el presente como para el futuro.⁸⁸ Lo cierto a resaltar es que la codificación es un intento exitoso a fin de regular con aquel especial instrumento (códigos) las más importantes instituciones sociales (aquellas nuevas instituciones que se imponían en el mañana de la revolución, como conquista de la misma). En el código civil se regularán las relaciones de los privados con gran precisión y conforme a las nuevas exigencias (recordemos la propiedad privada en sentido liberal, etc.). Ahora creo, podemos entender el sentido de aquel artículo 4 que se preocupaba del silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, como el esfuerzo a completar una posible y real materia residual de menor importancia, ya que el legislador había ya

dibujado en los códigos los principios más importantes de la nueva sociedad francesa. El Portalis los llama "cas rares et extraordinaires"⁸⁹ que se deben dejar a los tribunales, quienes en su opinión se convierten en jueces de equidad que juzgarán con base en el derecho natural (razón natural).

Digo "intención" porque esta tesis la apoyaba el Portalis a la sucesiva aprobación de dos artículos de las disposiciones preliminares del código, que jamás fueron aprobadas.⁹⁰

Lo único que podemos afirmar con cierta certeza es que por una parte tenemos un código civil, que, regula de manera general y amplia las relaciones de la esfera privada del individuo y un particular artículo que prohíbe al juez de denegar justicia en las hipótesis señaladas.

Debo argumentar la nueva relación que se establece entre juez y el código (entendido como conjunto de leyes; ley como proposición o principio general y abstracto). Bien el intérprete-juez se encuentra de frente a un poder-deber, que le permitirá resolver todos aquellos casos que encontrarán una solución en las leyes (material jurídico preconstituido hecho por el detentor del Poder Legislativo); realizando a tal efecto una operación lógica-gramatical. Lógica, en cuanto sigue el esquema antes visto del silogismo.

Convirtiéndose así la ley en el objeto fijo y principal de la atención del intérprete-juez. Se trata de reprimir al máximo la posibilidad de una autonomía normativa, ya que no es pensable permitir al intérprete crear nuevo derecho pasando del análisis del caso concreto a la solución jurídica (sentencia), sin que exista la mediación de una ley. Lo anterior es consecuencia de la teoría de la división de poderes y de la idea según la cual sólo es fuente del derecho la ley del Estado (en este momento significa fundamentalmente "código").

87. El Juez, "... Il est défendu aux juges de prononcer par voie générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises. ..." la cita la obtengo del CATTENAO, Mario, *op. cit.*, pág. 125. Ver: Code Civil Français.

88. "... Cambacérés. ... reconoció la imposibilidad para el legislador de 'decirlo todo', por lo que debía limitar su tarea de 'establecer fecundos principios que puedan previamente servir para resolver muchas dudas y que contengan desarrollos posibles que sirvan para dejar subsistir pocas cuestiones' 10. Portalis '... jamás las leyes podrán reemplazar al uso de la razón natural de los negocios de la vida. ... Por completo que pueda parecer un Código, no está concluso todavía, como se ve cuando se le presentan al juez mil cuestiones inesperadas' 11. ..." la cita la obtengo de: GUTIÉRREZ, Carlos José, "Lecciones de Filosofía del Derecho", 3a. edición, Editorial Universitaria Centroamericana (EDUCA), 1976, Costa Rica, págs. 335 y 344.

89. Portalis decía "... c'est à la jurisprudence que le Code Civil abandonne les cas rares et extraordinaires qui ne sauroient entre dans le plan d'une législation raisonnable, les détails trop variables et trop contentieux qui ne doivent point occuper la législation, et tous les objets que l'on s'efforceroit inutilement de prévoir, ou qu'une prévoyance précipitée e ne pourroit définir sans danger. C'est à l'expérience à combler successivement les vides que le Code Civil laisse. ..." La cita la obtengo del CATTENAO, Mario, *op. cit.*, págs. 126 y 127.

90. *Idem*, págs. 124, 125 y 126.

Gramatical: pero no entendida ya como la obligación del juez a convertirse exclusivamente en un instrumento de carácter mecánico, automático, que aplicará la letra de la ley, palabra por palabra (como era la vía dibujada de los iluministas y plasmada en las leyes anteriores a la codificación), porque tal hipótesis era pensable allá donde existiera una legislación a tipo "casuístico".

Sino que dentro del nuevo contexto en el cual se usaba una nueva técnica en la elaboración de las leyes (como generales y abstractas), el sentido de gramatical tenía que significar al menos aquella operación del intérprete-juez a precisar el uso lingüístico de las palabras de la ley; el localizar el fundamento real de los términos usados por la voluntad que ha impuesto la ley, establecer, el punto de contacto entre el comportamiento o relación concreta y el comportamiento o relación que tutela la ley.⁹¹

Será en todo caso, la interpretación de la ley en su forma lógica gramatical una reformulación en clave moderna (proveniente de la experiencia de la codificación) de la teoría mecanicista de la función judicial, sobre la cual la escuela de la exégesis se ocupará en un futuro próximo en el inmediato mañana de la codificación.

La interpretación lógica-gramatical es aquella operación mediante la cual el intérprete-juez, partiendo de la deducción lógica de un principio general (ley) se liga a la experiencia (caso concreto), a la búsqueda de la solución del problema (sentencia) necesitando a lograr tal efecto dar un sentido, una significación real a los términos usados en la ley, ley que reflejará la voluntad de quien la ha impuesto.⁹²

Que esta voluntad sea respetada a fin de evitar posibles "malas", "incorrectas", "diferentes" interpretaciones, a este efecto existirá un filtro que res-

ponde a la especial jerarquía en que se encuadran los distintos tribunales dentro del órgano judicial (control de segunda instancia, apelación, control de Casación, etc.). Para no hablar de la hipótesis tremenda que significa la "interpretación auténtica".

Esta es la interpretación de la ley al mañana de las codificaciones civiles, esta es la interpretación de la ley que deberá realizar el intérprete-juez, interpretación de la ley es interpretación lógica-gramatical.

Y, para aquellos casos raros y extraordinarios (para decirlo con Portalis), sean las posibles lagunas, o bien donde exista oscuridad o insuficiencia de la ley ¿qué cosa debe hacer el Juez? en este punto se debe argumentar que el código abandona a los jueces la decisión; o sea debemos localizar una autonomía normativa que permite al intérprete de crear derecho con efecto solo entre las partes. Pero el problema no es solo este, sino ¿en qué forma, bajo qué dirección deben los jueces ejercitar estas facultades legislativas? Recordemos que el Portalis quería dirigir los jueces por el sendero de la razón natural (derecho natural), pero que tal hipótesis se elimina dada la suerte negativa que tuvieron los citados artículos por él promovidos en el proceso de codificación. Y es a descartar con mayor razón, debido a la aparición de un movimiento que daría una dirección precisa a este problema; me refiero a la escuela de la exégesis "école eségése". Con la escuela de la exégesis asistimos en el desarrollo de la cultura jurídica, al paso del iusnaturalismo (que se esprimió hasta donde las circunstancias concomitantes a la elaboración de los códigos lo permitieron, pero que en la doctrina de los derechos naturales del hombre, queda su gran contribución), al moderno iuspositivismo, que encuentra expresión en la doctrina de esta escuela.⁹³

91. "...il problema del passaggio dall'ambito grammaticale e logico al piano della concreta esperienza giuridica, si impone immancabilmente, perché solo dalla sua soluzione emerge il senso dei termini e delle loro connessioni. Enche la prima é piú semplice forma di interpretazione, che é quella grammaticale, volta a precisare l'uso linguistico delle parole, per evitare fraintendimenti ed equivoci, comporta la necessità di riferirsi al fondamento reale dei termini, alle cose significate. Interpretare i termini di proprietà, pegno, omicidio, ecc. vuol dire, sí, intenderne l'uso grammaticale; ma, a tal fine, é indispensabile ricercarne il significato reale e il fondamento esistenziale, stabilendo a quali contenuti, e, in definitiva, a quali contegni e rapporti tra contegni essi si riferiscono, e adoperarse perché tale riferimento sia, quanto piú possibile, certo ed univoco. . .". PALAZZOLO, Vincenzo, "Scienza e Epistemologia Giuridica", op. cit., págs. 99 y 100.

92. "...dietro la formula grammaticale e logica, mediante, cui si esprime la norma giuridica, vi é la volontà, che vuole la norma e l'impone come precetto di condotta a suoi destinatari. . . Volontad entendida como . . .la risultante e l'espressione delle strutture e delle condizioni sociali, e quindi degli interessi, delle tendenze, dei fini, che stanno a fondamento della società e ne promuovono lo svolgimento; . . .". *Idem*, págs. 101, 102 y 103.

93. "...il passaggio dal giusnaturalismo al giuspositivismo, che si realizza nella dottrina esegetica, se é condotto in nome della scienza contro le incertezze e gli arbitri favoriti dai sistemi giuridici precedenti con pluralità di fonti, sotto il profilo politico rispecchia l'emergere dello stato assoluto e accentratore, consolidandone i programmi e gli scopi. . ." CORRADINI, Domenico, "Il criterio della buona fede. . .", op. cit., nota 113, pag. 60.

Si la raíz histórica del nacimiento de esta escuela tiene razón de ser por el hecho mismo de ser emanado el código,⁹⁴ esta se destaca por el método que usará a fin de conocer el objeto que les preocupa, el código, fundamentalmente dedicándose al comentario o exégesis del mismo, comentario que tiende al examen de las normas con fines expositivos, y a clarificar las normas en su aspecto literal y sintáctico.⁹⁵

Evitando entrar en consideraciones axiológicas,⁹⁶ las características sobresalientes de esta escuela que nos interesan serán; el culto a la ley⁹⁷ fidelidad absoluta al texto de la ley. Su carácter estatal, o sea es solo ley aquella hecha por el Estado.⁹⁸

El haber introducido el argumento del Dogma de la Plenitud hermética del orden jurídico (dogma della completezza), según el cual el orden, el sistema jurídico es completo y capaz de solucionar cualquier caso con base en una norma del sistema mismo (autointegración).⁹⁹

Así esta corriente reduce el papel del intérprete al de un técnico.¹⁰⁰ Es en esta prospectiva general que debemos ver como la escuela de la exégesis replantea el problema del artículo 4 del Código de Napoleón.

O sea, qué dirección se proponen dar los exégetas al intérprete-juez al efecto de que aquella autonomía normativa que se les autoriza desplegar en aquellos casos raros y extraordinarios (laguna, oscuridad o insuficiencia de ley), sean de acuerdo con las líneas del nuevo positivismo francés. Como

primera cuestión; el juez no puede jamás llamar en su apoyo el derecho natural a fin de resolver un caso de su conocimiento. Él debe resolverlo con base en el derecho positivo. El sistema jurídico es completo y el mismo dará respuesta a toda cuestión. En caso de laguna (silencio de ley) el intérprete deberá usar los procedimientos normales de hermenéutica, sea la analogía legis (semejanza por la materia similis), o bien con base en los principios generales del derecho positivo (analogía juris). En todo caso el intérprete-juez encontrará por la vía de la analogía (sea legis o iuris) una norma o principio dentro del sistema jurídico positivo que le permitirá resolver el caso en cuestión.¹⁰¹ Los exégetas llamaban este procedimiento la búsqueda de la "voluntad presunta del legislador".¹⁰² En caso de oscuridad o insuficiencia de la ley, el intérprete-juez deberá buscar lo que los exégetas llaman la "voluntad real del legislador", obteniendo claridad de los trabajos preparatorios a la emisión del código o ley.¹⁰³ Esta es la dirección que la escuela de la exégesis da a los jueces a fin de evitar la denegación de justicia. Pero es evidente que el esfuerzo de los exégetas es tratar de mantener la coherencia del sistema jurídico, su plenitud hermética, el querer un juez entendido como operador técnico y negar artificialmente el hecho real de que el juez puede jugar un papel activo en la creación de nuevo derecho, los lleva a llamar "voluntad presunta del legislador" la analogía (legis e iuris) y "voluntad real del legislador" la búsqueda de la misma en los trabajos preparatorios. Digo procedi-

94. CATTANEO, Mario, *op. cit.*, pág. 143.

95. CORRADINI, Domenico, *op. cit.*, *supra*, pág. 55.

96. Punto cardinal de la escuela era "innanzitutto il bisogno di porre fine all'incertezza e d'impedire alle corti di giustizia qualsiasi analisi teleologica, pur benigna o in melius, capace d'incidere sul senso della norma e d'alterare il contenuto. . .". *Idem*, pág. 56.

97. El exégeta Demolombe: ". . . Je publie un Cours de Code Napoléon; j'ai donc pour but d'interpréter, d'expliquer le Code Napoléon lui-même, considéré comme loi vivante, comme loi applicable et obligatoire. . .". La cita la obtengo del CATTANEO, Mario, *op. cit.*, pág. 146.

98. El exégeta Bonnacase: ". . . la Doctrine de l'Ecole de l'Exégèse se ramène, en effet, á proclamer l'omnipotence juridique du législateur, c'est-à-dire de l'État. . .", otro exégeta el Mourlon ". . . pour le jurisconsulte, pour l'avocat, pour le juge, un seul droit existe, le droit positif. . .". *Idem*, pág. 148.

99. ". . . il dogma delle competenze é estraneo alla concezione illuministica e nasce soltanto, nella scienza giuridica moderna, con l'art. 4 del Codice Napoleone, e con l'interpretazione data di questo dalla scuola dell'asegesi. . .". *Idem*, pág. 151.

100. CORRADINI, Domenico, *op. cit.*, *supra*, pág. 56.

101. Me permito recordar que el recurso de parte del juez al argumento analógico no proviene de la experiencia de la codificación, menos de la escuela de la exégesis, sino que debe ser estudiado como parte y continuidad que nos viene de la experiencia y desarrollo del Derecho Común. Recordemos como en la "interpretatio" los antiguos jueces usaban y el argumento analógico. En todo caso debo remitir para los orígenes de la analogía el estudio de BOBBIO, Norberto, "L'Analogia nella Logica del Diritto", publicado por el Istituto Giuridico della Regia Università di Torino, 1938.

102. CATTANEO, Mario, *op. cit.*, pág. 147.

103. *Idem*.

miento artificial, ya que en este campo no se puede evitar la necesidad de emitir juicios de valor, dada la naturaleza argumentativa de la problemática, y la necesidad a fin de utilizar tales argumentos impulsa a abandonar el terreno del Código.¹⁰⁴ En cuanto se refiere a la relación intérprete-juez y código, la escuela de la exégesis ve en el juez un operador técnico, cuyo objeto de atención serán siempre las leyes, o sea promoviendo la idea que la única función del juez será interpretar la ley (ya que es solo la ley la única fuente del Derecho, la ley del Estado que proviene de las asambleas parlamentarias), pero también promoviendo la interpretación de la ley en su forma lógica gramatical (a fin de lograr crear aquel funcionario técnico y no político).¹⁰⁵ Pero a este punto, es necesario decir que si bien es notable el esfuerzo del nuevo positivismo francés en el encuadrar el intérprete-juez en el rol de un técnico, al cual no le es permitido coparticipar en alguna medida a la gestión del poder político; tal método lleva en sus raíces defectos que impedirán su total aplicación. Por una parte en la relación intérprete-código, el paso de la experiencia (caso concreto) a la solución del silogismo deductivo mediante la búsqueda de un principio general (ley), con el sucesivo paso que supone aquel "comentario" gramatical, dando un sentido real, claro a la norma, es una operación intelectual que supone si se quiere en grado mínimo, una valoración, una motivación axiológica. Esto para no hablar de la relación intérprete-laguna, oscuridad o insuficiencia de la ley; en la cual me parece haber mostrado lo superficial de la posición exegética, y en la cual se nota como con mayor razón el intérprete debe abarcar el campo axiológico, a la búsqueda de respuestas que no existen en el "Code".

Estamos en el inicio del ochocientos, período en el cual Napoleón iniciará la política imperial de la Francia de este siglo, pero a su vez es el tiempo en el cual se exportará por todo el mundo el "Code", y la doctrina de la exégesis. En la Italia de la preunidad, al inicio del siglo, penetra Napoleón

así como penetra el "Code", Napoleón se pierde en la historia pero el Código Civil se impondrá en el año 1865, con la unificación de lo que hasta ese momento eran los "Estados italianos".¹⁰⁶ En Costa Rica, el "Code" se consolidará también en la segunda mitad del ochocientos, en el año 1886.¹⁰⁷ A la parte de recibir el "Code" hemos recibido en amplia forma la doctrina de la escuela de la exégesis.

El primer dato que llama la atención en nuestro código es la ausencia del tan discutido artículo 4 del "Code". Esto quizás se pueda explicar por la enorme influencia del positivismo francés en nuestro país; que convenció a nuestros legisladores que en cuanto a las relaciones interprivadas, bastaba aquel Código a fin de regular la conducta social, sea para el presente como para el futuro. Con la idea del código, penetra también el dogma de la Plenitud Hermética del Derecho, se consolida la idea del "Estado de Derecho" en sentido liberal, centralizador, en efecto, la única fuente del derecho será la "ley". Nos encontramos en la segunda mitad del ochocientos, en una sociedad que basa su economía en la agricultura de pocos productos, mejor, en el monocultivo del café, se consolida una oligarquía rica y un gran sector pobre que no presenta al menos en este siglo mayores problemas sociales a la clase dirigente. Se deberá esperar al nuevo siglo, para ver como comienzan a explotar nuestros problemas sociales. Pero en esta época del ochocientos, el Código parece bastar en la mente de los liberales a fin de regular la problemática privada de los ciudadanos ya libres del imperio colonial español. La doctrina exegética es enseñada en nuestras escuelas de derecho e impondrá su autoridad por décadas, al punto que aún hoy en día sentimos su efecto. Llegan las traducciones de las obras de los clásicos franceses de la escuela de la exégesis; y con ellas se afirma el mayor exponente en versión "made in Costa Rica" de tal escuela; don Alberto Brenes Córdoba, quien publicará diferentes libros en el campo del derecho privado, y

104. "...Anzi, l'école de l'exégène, pur proclamandosi contraria a ogni forma di valutazione, non si mantiene fedele alle premesse del suo programma, poiché, riferendosi alla "volontà del legislatore" per chiarire la norma e applicarla, abbandona il solido terreno del Code e si inoltra in un campo in cui non è facile eludere i motivi assiologici e le scelte personali 114. . .". CORRADINI, Domenico, *op. cit.*, *supra*, pág. 60.

105. Es interesante ver el papel que toca jugar el intérprete-doctrinal (en práctica profesores, o bien autores de doctrina), quienes con su "autoridad persuasiva" la deberán limitar solamente al examen de las leyes y a un comentario de las mismas.

106. Noticias sobre la suerte del "Code" en Italia se pueden ver en: CORRADINI, Domenico, "Garantismo e. . .", *op. cit.*, pág. 48 y ss.

107. Artículo final, Código Civil.

que aún hoy en día son considerados por algunos "verdad absoluta" en el derecho civil.¹⁰⁸

La falta de aquel "artículo cuarto", me hace pensar a la presunción de parte de nuestros legisladores y juristas de la época,¹⁰⁹ repito, de que los códigos bastaban de por sí a obtener un sistema jurídico completo; y no es sino después de 72 años de vigencia del Código Civil, que el tantas veces citado artículo 4, aparece en la legislación de Costa Rica, en la llamada "Ley Orgánica del Poder Judicial" que entró en vigor el primer día del mes de enero de mil novecientos treinta y ocho, en las vísperas de la Segunda Guerra Mundial.¹¹⁰ El texto dice: "Artículo 5. Los tribunales no podrán ejercer su ministerio sino a petición de parte, a no ser en los casos en que la ley los faculte para proceder de oficio. Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad por falta de ley que resuelva la contienda sometida a su decisión. No habiendo ley aplicable al caso, fallarán con arreglo a los principios del derecho". Ha tenido que pasar más de medio siglo a fin de reconocer a nivel legislativo que el "Código" y el positivismo presentaban serios límites.

En la Costa Rica del ochocientos penetraron las ideas según las cuales era necesario organizar la sociedad como un "Estado de Derecho" en sentido liberal, la nueva república centroamericana, organiza los poderes del Estado siguiendo el esquema de Montesquieu; el poder político corresponde ser gestionado a la Asamblea Legislativa, la voluntad política ejecutada del poder ejecutivo y por último el poder (núlo) judicial, velará porque las leyes sean aplicadas correctamente.

De este modo, la idea según la cual el intérprete-juez es un operador técnico, entonces apolítico,

penetra sin mayores resistencias, el objeto de atención de nuestros jueces será la "ley". Deberá "interpretar la Ley" no el dato social (valoración que compete al poder político, sea la asamblea legislativa), y a su vez se privilegia la forma interpretativa lógica-gramatical, que parece garantizar el efectivo funcionamiento del "Estado de Derecho". Toca ahora ilustrar cómo estas ideas han tenido un sentido dominante en nuestra jurisprudencia, y no es sino, que en las últimas décadas que tal equilibrio comienza a moverse por otros senderos.

Así tenemos:

"...No hay que buscarle a las leyes un sentido que difiera de su texto manifiesto...".¹¹¹

"...Cuando el concepto de la ley es claro no debe desatenderse su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu...".¹¹² "...Los jueces de derecho no pueden aplicar los principios de justicia y equidad, o de razón natural, en abstracto y a su leal saber y entender, sino cuando medie la necesidad de interpretar los preceptos legales aplicables, y esto con sujeción a las reglas de la hermenéutica legal...".¹¹³

En el último extracto es notable cómo aquella "necesidad", en mi opinión significa "en la eventualidad que la norma no sea clara", o bien "en aquellos casos extraños en los cuales su majestad la ley no da una indicación precisa". Es el sentido de resto, residuo, contrapuesto a lo armonioso y completo de la legislación.

Otras:

"...La interpretación errónea sólo se opera cuando los jueces interpretan una norma con un sentido diferente al que realmente tiene...".¹¹⁴ "...Una ley se interpreta con error cuando se le asigna un sentido inadecua-

108. "...El predominio del criterio exegético lo encontramos bien claro en las obras de D. Alberto Brenes Córdoba, que, en los capítulos introductorios de su "Tratado de las personas", nos dice cuando la ley adolece de oscuridad, "el procedimiento que conviene seguir es interpretarla, esto es, establecer o descubrir su verdadero sentido, cual es la idea que tuvo en mira el legislador al redactar la disposición, porque siempre que tal cosa fuere posible, hay que atenerse estrictamente lo que en ella se pretendió decir...". GUTIÉRREZ, Carlos José, "Lecciones de Filosofía...", op. cit., pág. 338.

109. La historia de nuestro parlamento (Asamblea Legislativa), está llena desde los tiempos del inicio de la República, de juristas que han pasado por sus aulas.

110. La fecha de entrada en vigor de la citada ley la debo a mi hermano, el Dr. Francisco Vargas Soto, quien me la comunicó por teléfono desde Costa Rica a mi residencia provisional en Pisa, Italia. Lo anterior porque de tal ley, en su publicación más difundida "Ley Orgánica del Poder Judicial", Editorial Lehmann, S.A. dirigida por el Lic. Atilio Vincenzi, 1974, Costa Rica, no resulta la fecha de entrada en vigor.

111. Casación de 4 de setiembre de 1940, vs. Municipalidad de San José y otro. II sem., I Tomo, pág. 912.

112. Casación del 19 de junio de 1940. Sarmiento Fonseca vs. Gamboa Bonilla, I sem., tomo único, pág. 485.

113. Casación del 27 de junio de 1940. Charpentier Mora vs. Acuña Murillo y otro I sem., tomo único, pág. 525.

114. Casación de 1965. Sociedad Murciélagos Ltda. vs. Sociedad "Sun Coast Sociedad de Responsabilidad Limitada". I sem., tomo I, pág. 104.

do. . .¹¹⁵ ". . .Una ley se viola cuando el fallo realiza lo que prohíbe o dejándola de aplicar, no cumple con lo que dispone. . ."¹¹⁶ ". . .Los tribunales de justicia no pueden desnaturalizar la ley por vía de interpretación, porque no es lícito distinguir donde la ley no distingue, aforismo éste que tiende a evitar que los jueces penetren en los dominios del legislador modificando sus disposiciones por medio de desautorizados distingos ya que cuando la ley no es dudosa sino comprensible sin mayor esfuerzo, no es lícito variarla a título de interpretación porque los jueces carecen de esa facultad, así se trate de una disposición inconveniente"¹¹⁷

". . .el órgano jurisdiccional, en la etapa inicial del juicio no les debe exigir, como se pretende, mayor amplitud en los hechos, fechas y otros detalles, cuando los suministrados por el actor, junto con los otros elementos, constituyen las tres posiciones indispensables de todo silogismo. . ."¹¹⁸

La interpretación en sentido o forma lógico-gramatical ocupa principalmente en la primera mitad de este siglo en Costa Rica, una posición dominante y de gran importancia. Es claro, es necesario saber ahora, que se nos dice en aquellos casos "rares et extraordinaires" en los cuales no se puede denegar justicia, pero se presentan lagunas (silencio de ley), oscuridad e insuficiencia. La respuesta que me parece ver es aquella según la cual el ordenamiento jurídico es autointegrable; y los métodos para hacerlo son aquellos de la sana hermenéutica legal, de nuevo la enseñanza primaria de la escuela de la exégesis.

". . .Del silencio de las normas legales deriva la posibilidad de interpretaciones. . ."¹¹⁹

". . .La aplicación analógica solo puede darse a falta absoluta de ley, siendo improcedente si ésta existe expresamente. . ."¹²⁰ ". . .La res-

titución de un enriquecimiento sin causa es una regla estimada tan general como la represión del dolo y ha sido calificada como una de esas raras reglas de derecho natural que dominan todas las leyes, aunque el legislador no haya tenido el cuidado de formularlas. . ."¹²¹

En caso de laguna nuestro Tribunal de Casación privilegia el uso de la analogía legis (semejanza por la materia similis) y si no es posible este método se recurre a los principios generales del derecho positivo (analogía iuris), en el primer caso es claro el sentido de la sentencia citada en la número uno, en el segundo es ejemplo claro la cita número dos.¹²² Si el uso de parte del juez costarricense del argumento analógico, como medio interpretativo, me refiero a la analogía legis, como posibilidad de autointegración del sistema jurídico, no presenta mayor problema su aceptación al estudio del derecho, me parece importante ver cómo justifica nuestra Casación el uso del argumento analogía "iuris", o la solución con base en los principios del derecho positivo (porque si usa principios del derecho natural rompería el dogma de la plenitud hermética del derecho, negando que el sistema jurídico sea completo). Nótese cómo en la sentencia citada al número dos, el argumento es el siguiente: ". . .La restitución de un enriquecimiento sin causa. . . es. . .una de esas raras reglas del derecho natural que dominan todas las leyes, aunque el legislador no haya tenido el cuidado de formularlas. . ." La Casación califica la restitución del enriquecimiento sin causa, un principio o regla del derecho natural, pero esta no basta para justificar su uso allá donde se privilegia el uso solo

115. Casación de 1953, Acosta Cubero vs. Cordero Loaiza, Cas. 96, II sem., tomo I, pág. 357.

116. *Ídem*.

117. Casación, Oreamuno G. vs. Marino, Cas. 3, I sem., tomo I, pág. 23, 1964.

118. Es el auto dictado por la Sala Primera Civil en ordinario de Enrique Barboza vs. Suc. de D. Tomás Fernández, a las 10,15 hrs. del 23 de junio de 1959. La cita la obtengo de: GUTIÉRREZ, Carlos José, "Lecciones. . .", op. cit., pág. 338.

119. Casación de las 10,30 hrs. de 10 de diciembre 1948, II sem., tomo único, pág. 863.

120. Casación de las 16:25 hrs. 25 noviembre 1948, II sem., tomo único, pág. 807. Morales vs. Loría.

121. Casación de las 15:55 hrs. del 28 de noviembre 1940, II sem., tomo único, pág. 1309, The Costa Rica Electric Light and Traction Company Limited vs. Municipalidad de San José.

122. Nótese que de la lectura de los extractos de sentencia antes citados, se desprende que el nuestro Tribunal de Casación no se muestra unitario, en el uso de los vocablos "interpretación" y "aplicación". En algunos momentos parece que son dos conceptos diferentes; "aplicación", usado para definir la operación del juez en sus relaciones con la ley escrita, en la cual encuentra una solución inmediata al caso que lo ocupa (interpretación de la ley en el sentido lógico-gramatical), "interpretación" para definir la actividad del juez a partir del momento que no encuentra una solución inmediata en una ley (interpretación con uso de argumento analógico, sea legis que Iuris), dando a entender que se trata de una actividad creativa del juez. O bien llama "aplicación" en las dos hipótesis anteriores, según se desprende de la citación número uno. O bien finalmente llama "interpretación" a toda la actividad o función que realiza el juez. Una "precisión" en este sentido se hace necesaria, pero a tal efecto es necesario abrir una polémica doctrinal que ayude al menos a clarificar tan delicada cuestión.

del derecho positivo, en específico de la ley escrita, y se piensa que la única fuente del derecho es el legislador.

Así que para saltar este obstáculo, la Casación argumenta que es una regla del derecho natural pero, positivada, porque es una rara regla del derecho natural que domina las leyes, aunque si el legislador no haya tenido el cuidado de formularlas, así de principio de derecho natural pasa a ser un principio general de derecho positivo no escrito, cerrándose en armonía y coherencia el sistema jurídico positivo, respetando el dogma de la plenitud hermética (porque el sistema jurídico se integra con reglas que se encuentran dentro del mismo) y no tocando las funciones del órgano legislativo.

La idea del código, las ideas de la escuela de la exégesis, la idea del intérprete-juez considerado como un técnico (entonces apolítico), privilegiándose la forma interpretativa lógica-gramatical, penetra en la cultura jurídica costarricense en el siglo pasado y tiende a dominar con gran fuerza durante toda la primera mitad del siglo XX.¹²³ En el esfuerzo de desligarnos de la cultura positivista, es necesario reconocer, como se ve del caso clamoroso de las "lagunas", que no son principios gene-

rales no escritos del derecho a colmar una laguna, sino, el ejercicio de parte del intérprete-juez de facultades legislativas que le competen dado un determinado equilibrio en la distribución del poder político, porque en esta materia no es posible evitar juicios de valor, y que ante una laguna intérprete-juez se encuentra de frente a un poder-deber que le permite crear nuevo derecho. En tal sentido ya vimos aun en aquella forma interpretativa llamada lógica-gramatical (a pesar de la traducción antigua que parece ligarla al concepto de "lex" que nos viene del derecho común), resulta imposible presentarla como una actividad puramente aplicativa, técnica, ausente de juicios de valor, debemos concluir que a la función del intérprete-juez corresponde la cogestión del poder político en la sociedad.

Y reivindicar el papel creativo del intérprete:

La medida en la cual compartirá tal poder con los restantes poderes del Estado y las fuerzas sociales, dependerá y se comprenderá cuando nos decidamos a analizar empíricamente y no dogmáticamente la distribución real del poder en nuestro país, con la conciencia clara que estos equilibrios están en constante variación allá donde la dialéctica democrática se encuentra en evolución.

BIBLIOGRAFÍA

BETTI, Emilio, *Interpretazione della Legge e Degli Atti Giuridici*, Editorial Giuffrè Milano, 1971, segunda edición.

BOBBIO, Boberto, *L'Analogia nella Logica del Diritto*, publicado por el Istituto Giuridico della Regia Università di Torino, 1938.

CALAMANDREI, Piero, *La Cassazione Civile*, Editorial Fratelli Bocca, 1920.

CALASSO, Francesco, *Medio Evo del Diritto*, Editorial Giuffrè, Milano, 1954.

CATTANEO, Mario, *Illuminismo e Legislazione*, Editorial Comunità, Milano, 1966.

CORRADINI, Domenico, *Garantismo e Statualismo*, Editorial Giuffrè, 1971.

Il Criterio della Buona Fede e la Scienza del Diritto Privato, Editorial Giuffrè, 1970.

ENSAYO, *Le Codificazioni civilistiche dell'Ottocento*, en *Il Diritto Privato nella Società Moderna*, bajo la dirección de RODOTA, Stefano, Editorial Il Mulino, Bologna, 1971.

GALGANO, Francesco, *Storia del Diritto Commerciale*, Editorial Il Mulino, Bologna, 1976.

GORLA, Gino, *I precedenti storici dell'art. 12, disposizioni preliminari del Codice Civile del 1942*, en la revista *Il Foro Italico*, XCII, 1969, voz "Giurisprudenza" Enciclopedia del Diritto, Editorial Giuffrè, tomo XIX, Milano, 1970.

123. Este no significa no reconocer que existen muestras de comportamientos de nuestros tribunales, a fin de utilizar otras formas interpretativas más modernas, tímidamente desligándose poco a poco de la influencia exegética, entendida como el planteamiento general hasta aquí desarrollado. Esta realidad si bien reconocida merece la continuación futura ideal de este ensayo, por ahora mi límite a los marcos fijados de esta investigación.