

no han podido hacer valer sus derechos. Puede suceder que el legislador lastime los intereses particulares; pero este mal no lo es en verdad, porque la condicion de la reunion de los hombres en sociedad, consiste en que cada uno sacrifique su interés individual al interés general; pero nadie está obligado á sacrificar su interés al interés de otro particular. Hé aqui por qué la decision no puede producir efecto sino entre las partes que han sido contendientes.

En fin, el legislador, obrando por el interés general, debe tener el derecho de cambiar y de abrogar las leyes que hace; este es un deber para él desde que lo exige el interés de la sociedad. El juez no puede volver sobre su decision. Hay recurso contra su sentencia en los casos previstos por la ley; pero esos mismos recursos son limitados, y cuando se han agotado, la decision definitiva se reputa la expresion de la verdad, y como tal irrevocable. Si el juez pudiera volver sobre su sentencia, no habria paz entre los hombres, puesto que sus diferencias no tendrían fin. Si el legislador no pudiera modificar las leyes, corregirlas y hasta abolirlas, la sociedad quedaria inmóvil y pereceria en esta inmovilidad.

Siendo tan diferentes y algunas veces tan opuestas las funciones del legislador, ¿no es natural y lógico confiarlas á distintos poderes? De esta manera la separacion del poder legislativo y del judicial, resulta de su naturaleza misma y de su esencia. Esto justifica anticipadamente las disposiciones del código, que son una consecuencia de ese principio.

§ 1º. Consecuencias del principio.

NUM. 1.—EL LEGISLADOR NO DEBE SER JUEZ.

253. El art. 4 dice que: «el juez que rehusare juzgar bajo pretexto de silencio, de oscuridad ó de insufi-

ciencia de la ley, podrá ser perseguido como culpable de denegacion de justicia.» ¿Por qué el juez debe necesariamente juzgar, aun cuando la ley sea oscura, insuficiente ó muda? Cuando hay una ley, por oscura que ella sea, se concibe la obligacion que el código impone al juez. Es precisamente porque las leyes son muchas veces oscuras por lo que se ha organizado el ministerio del juez: está llamado á interpretarlas conforme á las reglas de la ciencia, que es el estudio de su vida. Si la ley es clara, no hay proceso, porque, dice Portalis (1), no se litiga contra un texto preciso de la ley. No hay litigio sino cuando hay una duda, al ménos aparente; y el deber del juez es terminarlo aplicando la ley. Negarse á juzgar cuando la ley no es clara y precisa, seria realmente denegar la justicia, y denegar la justicia es introducir el desorden en la sociedad. Efectivamente, ¿qué medio se tendrá para concluir las diferencias de los hombres? ¿Se abandonará á los litigantes á si mismos? Esto seria entregarlos al imperio de sus pasiones, es decir, á la violencia, y la sociedad pereceria en medio de la anarquía. ¿El juez pedirá al legislador que interprete la ley? Eso seria constituir juez al legislador. Es cierto que hay casos en que el legislador es llamado á interpretar la ley, y sucede cuando los tribunales pronuncian decisiones contradictorias y cuando la experiencia prueba que la oscuridad de la ley es tal, que da lugar á incesantes litigios; entónces interviene el legislador para poner un término con una ley interpretativa. Pero ántes de recurrir al legislador, es necesario que el juez decida la diferencia á fin de ensayar el modo de allanar la dificultad por la via judicial.

•254. El juez debe juzgar tambien, cuándo la ley es insuficiente ó muda. Cuando hay insuficiencia, hay hueco en la ley, es decir que no hay ley, lo mismo que cuando calla

1 Portalis, Discurso pronunciado en la sesion del Cuerpo legislativo de 23 frimario, año X. (Loché, tomo 1, pág. 262).

la ley. ¿Por qué á falta de una ley, el juez debe juzgar? A primera vista, podria creerse que el juez sale del círculo de sus funciones cuando juzga sin que haya una ley; ¿no consiste su ministerio en aplicar la ley? Y cuando juzga, porque calla la ley, ¿no es él quien hace la ley al mismo tiempo que la aplica? ¿No seria más conforme á la division de los poderes que el juez señalase al legislador el hueco que existe en la legislación y que se diese una ley para llenarlo? Bajo el régimen antiguo, sucedia muy frecuentemente, dice Merlin (1), que las cortes enviaban á las partes á «recurrir ante el Rey,» á fin de obtener una interpretación de la ley, de la cual dependia la decision del pleito sometido á su exámen. Esto es lo que se llama una referencia al legislador. El juez, ántes de fallar sobre una cuestion que le parecia insoluble, á causa de la ambigüedad ó de la insuficiencia de la ley, ordena que se haga una referencia al poder legislativo. La ley de 24 de Agosto de 1790, tit. II, art. 12, parece imponer al juez la obligacion de referirse al legislador en el caso en que encontrara dudoso el sentido de la ley: dice, que los tribunales se dirigirán al cuerpo legislativo cuantas veces creyeren necesaria la interpretación de una ley. Más adelante diremos, tratando de la interpretación, cuál era el verdadero objeto de esta ley. Los tribunales abusaron de ella para pedir, ántes de dar ejecutoria en los pleitos llevados ante ellos, la interpretación de las leyes luego que les parecia dudoso su sentido. Esto era suspender perjudicialmente el curso de la justicia y delegar hasta cierto punto el ejercicio del poder judicial al legislativo. La corte de casacion casó más de una vez esas referencias, pero sucedió también que fueron acogidas por el cuerpo legislativo, que durante las turbulencias de la Revolución concentraba en sí todos los poderes.

1 Merlin, *Repertorio*, en las palabras *Referencia al legislador*, núms. 1 y 3.

255. Este era un grande mal; el objeto del artículo 4 es prevenirlo. Era una verdadera denegacion de justicia enviar á las partes ante el cuerpo legislativo. En efecto, el legislador podia no dar ley; ¿qué sucedia entónces con el litigio? El curso de la justicia estaba interrumpido; ¿y no es la justicia el primer deber de la sociedad? Si el legislador daba una ley sobre la referencia de los jueces, el mal era mucho mayor, porque se trasformaba el cuerpo legislativo en tribunal: la ley era al mismo tiempo una sentencia, porque decidia el proceso con motivo del cual habia intervenido. Portalis explica muy bien los abusos de lo que él llama la desastrosa legislación de los rescriptos. Leyes expedidas acerca de negocios privados, son sospechosas de parcialidad y siempre son retroactivas é injustas, porque deciden una cuestion no conforme á las reglas que las partes conocian, sino conforme á una regla hecha para el proceso, regla que las partes ignoraban y bajo la cual, quizá, no habrian contratado. Si se admitieran estos recursos al legislador, se multiplicarian hasta lo infinito, con grande perjuicio de la autoridad y del respeto que deben gozar las leyes. «Efectivamente, dice Portalis, la ley preceptúa respecto á todos; considera á los hombres en masa, nunca como particulares; y no debe mezclarse en los hechos individuales, ni en los litigios que dividen á los ciudadanos. Si fuera de otra manera, se necesitaria hacer diariamente nuevas leyes; su multitud sofocaria su dignidad y dañaria á su observancia. El jurisconsulto no tendria que hacer, y el legislador, arrastrado por los detalles, no seria bien pronto más que jurisconsulto. En lugar de hacer las leyes por interés general de la sociedad, las haria bajo la influencia de los intereses particulares que vendrian á asediario (1)».

1 Portalis, discurso preliminar (Loché, tomo I, p. 158-159).

256. Todo lo que Portalis dice acerca de los abusos de las referencias y de los peligros que de ellas resultan, es una verdad incontestable. Desde que el juez está en posesion de un pleito, es necesario que lo decida, y no puede despedir á las partes diciéndoles que no hay ley que prevea sus diferencias. Es imposible que las leyes decidan todas las dificultades que se presentan. Si la cosa fuera factible, se podia pasar sin el ministerio de los jueces, puesto que las partes no tendrían más que abrir el código, para encontrar en él la decision de su litigio. Precisamente debe haber tribunales porque las leyes no pueden arreglar todos los casos. Ellos deben terminar el debate por una decision; nada más evidente. Pero esta necesidad en que se encuentra el juez de fallar cuando no hay ley, tiene tambien sus peligros. Roederer los señaló al discutirse el título preliminar en el consejo de Estado. No se quiere que el juez se refiera al poder legislativo, por temor de convertir al legislador en juez. Pero si los tribunales lo obligan á juzgar cuando no hay ley, ¿no se convertirá al magistrado en legislador? La confusion de poderes que se temia, no quedaria más que aplazada (1).

Se han dado diversas respuestas á la objecion. El juez, se ha dicho, nunca será legislador. Efectivamente, ¿qué hace cuando la ley es insuficiente? El libro preliminar del código respondia (tít. V, art. 11): «En las materias civiles el juez, á falta de ley precisa, es un ministro de equidad.» Este pensamiento se encuentra en los discursos de los oradores del gobierno y del tribunado. Cuando la ley es oscura, dice Portalis, es necesario profundizar la disposiciones; si falta ley, deben consultarse la costumbre y la equidad. La equidad es la vuelta á la ley natural, en el silencio, la opo-

1 Sesion de 14 thermidor, año IX (Loché, tomo I, p. 229, núm. 20).

sicion, ó la oscuridad de las leyes positivas (1). Faure dice igualmente: que si la ley calla, los jueces deben resolver por las reglas de la equidad, que consisten en las máximas del derecho natural, de la justicia universal y de la razon (2). Cuando el juez puede recurrir á la costumbre, entónces evidentemente no hace la ley, porque el uso es tambien una regla positiva que el juez aplica, como aplica la ley. ¿Pero sucede lo mismo cuando recurre á la equidad ó al derecho natural? No ciertamente, porque este derecho no está escrito en parte alguna. El juez, se dirá, no es más que su órgano, no lo ha creado, el derecho preexiste á la decision; y si no está escrito en un código, está grabado en nuestra conciencia. Esto es verdad, ¿pero no puede decirse lo mismo del legislador? El tampoco crea el derecho cuando hace la ley; es el órgano de esa justicia universal que tiene su origen en Dios. Luego cuando el juez decide una cuestion, porque calla la ley, procede como procede el legislador. Formula una regla que en seguida aplica al litigio que le está sometido; no hay más que una diferencia entre él y el legislador, y es la de que la decision no produce efecto sino entre las partes, mientras que la ley obliga á todos los ciudadanos.

• 257. Llegamos á esta conclusion: que el código al prohibir al juez que se refiera al legislador imponiéndole la obligacion de fallar aun cuando no haya ley, no evita más que uno de los inconvenientes que resultan de la insuficiencia de la legislacion; si el poder legislativo no está constituido juez de un proceso, por el contrario, el juez se convierte en legislador. Es necesario decir con Portalis que de los dos males, los autores del código escogieron el menor. «Se tiene ménos que temer la arbitrariedad arreglada, tímida y circunspecta de un magistrado, que puede ser

1 Portalis, Discurso preliminar (Loché, tomo I, p. 159).

2 Discurso de Faure de 14 ventoso, año XI (Loché, tomo I, p. 318).

256. Todo lo que Portalis dice acerca de los abusos de las referencias y de los peligros que de ellas resultan, es una verdad incontestable. Desde que el juez está en posesion de un pleito, es necesario que lo decida, y no puede despedir á las partes diciéndoles que no hay ley que prevea sus diferencias. Es imposible que las leyes decidan todas las dificultades que se presentan. Si la cosa fuera factible, se podia pasar sin el ministerio de los jueces, puesto que las partes no tendrían más que abrir el código, para encontrar en él la decision de su litigio. Precisamente debe haber tribunales porque las leyes no pueden arreglar todos los casos. Ellos deben terminar el debate por una decision; nada más evidente. Pero esta necesidad en que se encuentra el juez de fallar cuando no hay ley, tiene tambien sus peligros. Roederer los señaló al discutirse el título preliminar en el consejo de Estado. No se quiere que el juez se refiera al poder legislativo, por temor de convertir al legislador en juez. Pero si los tribunales lo obligan á juzgar cuando no hay ley, ¿no se convertirá al magistrado en legislador? La confusion de poderes que se temia, no quedaria más que aplazada (1).

Se han dado diversas respuestas á la objecion. El juez, se ha dicho, nunca será legislador. Efectivamente, ¿qué hace cuando la ley es insuficiente? El libro preliminar del código respondia (tít. V, art. 11): «En las materias civiles el juez, á falta de ley precisa, es un ministro de equidad.» Este pensamiento se encuentra en los discursos de los oradores del gobierno y del tribunado. Cuando la ley es oscura, dice Portalis, es necesario profundizar la disposiciones; si falta ley, deben consultarse la costumbre y la equidad. La equidad es la vuelta á la ley natural, en el silencio, la opo-

1 Sesion de 14 thermidor, año IX (Loché, tomo I, p. 229, núm. 20).

sicion, ó la oscuridad de las leyes positivas (1). Faure dice igualmente: que si la ley calla, los jueces deben resolver por las reglas de la equidad, que consisten en las máximas del derecho natural, de la justicia universal y de la razon (2). Cuando el juez puede recurrir á la costumbre, entónces evidentemente no hace la ley, porque el uso es tambien una regla positiva que el juez aplica, como aplica la ley. ¿Pero sucede lo mismo cuando recurre á la equidad ó al derecho natural? No ciertamente, porque este derecho no está escrito en parte alguna. El juez, se dirá, no es más que su órgano, no lo ha creado, el derecho preexiste á la decision; y si no está escrito en un código, está grabado en nuestra conciencia. Esto es verdad, ¿pero no puede decirse lo mismo del legislador? El tampoco crea el derecho cuando hace la ley; es el órgano de esa justicia universal que tiene su origen en Dios. Luego cuando el juez decide una cuestion, porque calla la ley, procede como procede el legislador. Formula una regla que en seguida aplica al litigio que le está sometido; no hay más que una diferencia entre él y el legislador, y es la de que la decision no produce efecto sino entre las partes, mientras que la ley obliga á todos los ciudadanos.

257. Llegamos á esta conclusion: que el código al prohibir al juez que se refiera al legislador imponiéndole la obligacion de fallar aun cuando no haya ley, no evita más que uno de los inconvenientes que resultan de la insuficiencia de la legislacion; si el poder legislativo no está constituido juez de un proceso, por el contrario, el juez se convierte en legislador. Es necesario decir con Portalis que de los dos males, los autores del código escogieron el menor. «Se tiene ménos que temer la arbitrariedad arreglada, tímida y circunspecta de un magistrado, que puede ser

1 Portalis, Discurso preliminar (Loché, tomo I, p. 159).

2 Discurso de Faure de 14 ventoso, año XI (Loché, tomo I, p. 318).

reformada y que está sometida á la accion de prevaricato, que de la arbitrariedad absoluta de un poder independiente que nunca es responsable.»

Siempre queda en pié, que el artículo 4 concede á los tribunales una gran facultad, y hasta cierto punto una parte en el ejercicio del poder legislativo. Tambien muchas veces sucede que, siendo la ley oscura ó insuficiente, la decision del juez tiene un carácter legislativo, en el sentido de que es él quien formula la regla ántes de aplicarla. Es cierto que esta regla no tiene fuerza sino para el juicio con motivo del cual se ha escrito. Este es el freno saludable de que habla Portalis. Pero si el juez aplica esta misma regla en los nuevos procesos que ante él son llevados, si esta regla es admitida por los demás tribunales, ¿no obtendrá por esas decisiones repetidas, la fuerza de una costumbre, es decir, la fuerza de una regla obligatoria? De esta manera, aun cuando nuestro derecho esté codificado, aunque las costumbres antiguas estén abrogadas, queda todavía lugar para el elemento de la costumbre, porque nuevas pueden formarse con motivo del silencio, ó de la insuficiencia de las leyes. Aun cuando las decisiones de los tribunales no forman una verdadera costumbre, tienen, sin embargo, una grande autoridad, como precedentes. De esto hemos visto un ejemplo memorable en la materia de los estatutos. El código guarda silencio sobre del estatuto personal del extranjero. Resulta de ahí, que la jurisprudencia está en via de crear toda una doctrina sobre el derecho civil internacional.

NUM. 2. EL JUEZ NO DEBE SER LEGISLADOR.

238. Aun cuando el juez cria la regla que aplica, no ejerce el verdadero poder legislativo, porque su fallo nun-

ca produce el efecto de una ley; la regla que fija no es más que un motivo para decidir, y este motivo no tiene fuerza alguna obligatoria ni aun para las partes, y ménos todavía para los terceros y para la sociedad. El juez no puede determinar, por vía de disposicion general y reglamentaria, en las causas que le están sometidas; porque el artículo 5 se lo prohíbe. Esta prohibicion no hace más que imprimir un carácter esencial á las disposiciones judiciales. El magistrado decide un proceso, y su decision es particular, no ligando más que á las partes que la han causado. Esto es tan elemental y tan evidente, que no se comprende por que el legislador se haya tomado el trabajo de decirlo. Para conocer el objeto y la necesidad del artículo 5, es necesario remontarse al derecho antiguo.

Los parlamentos, dice Merlin, tenían la posesion inmemorial de hacer las *sentencias de reglamento* sobre toda clase de materias, es decir, que al decidir una cuestion que les estaba sometida, ordenaban á los tribunales colocados bajo su jurisdiccion, que siguieran esta decision en los negocios que ante ellos se llevaran; de esta manera, las *sentencias* de reglamento eran verdaderas leyes; eran leídas y publicadas como las leyes, y solamente eran locales, no teniendo fuerza obligatoria sino en el Distrito del parlamento que las daba. Es necesario agregar: que las *sentencias* de reglamento se hacian «con el beneplácito del rey,» en el sentido de que su autoridad estaba subordinada á la voluntad del rey, quien bajo el antiguo régimen era el único legislador. Esto es lo que el Parlamento de París proclamó él mismo en su representacion de 4º de Junio de 1767 con motivo de la resolucion del consejo que acababa de casar su célebre sentencia de reglamento de 17 de Mayo de 1789, concerniente á las estipulaciones de propios.

«El Parlamento, dice, ha presentado sobre todas las materias de la jurisprudencia, sin que los reyes las hayan des-