

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-

aprobado, un gran número de estas decisiones solemnes, que siempre se han dado, expresa ó tácitamente, con el beneplácito del rey, hasta sobre lo que él mismo ha establecido por una ley, y aun cuando esas sentencias sean especialmente sobre materias de derecho consuetudinario, lo mismo que sus registros, ofrecen pruebas multiplicadas anteriores y posteriores á la reforma de las costumbres..... El ejercicio de su jurisdicción en este género, se ha extendido realmente sobre toda clase de materias (1).»

Es necesario agregar, que las sentencias de reglamento podían ser atacadas, como las sentencias entre particulares, por aquellos cuyos intereses lastimaban. Fué á petición de una parte, por lo que se casó la sentencia de reglamento de 17 de Mayo de 1762, de que acabamos de hablar. Algunas veces los parlamentos mismos las retractaban, por oposición de las partes interesadas; pero mientras que no habían sido, ni casadas por el consejo del rey ni reformadas por las Cortes que las habían dado, se ejecutaban como leyes. Este uso tradicional fué el que se propuso abolir el art. 5.

259. La prohibición se encuentra ya en la ley de 24 de Agosto de 1790, tit. 2º, art. 12. Bajo el antiguo régimen, se concebían los decretos del reglamento, pues estaban en armonía con el derecho público de la época, si es que puede hablarse de derecho público cuando el verdadero soberano, la Nación, no tenía derecho. Los poderes estaban confundidos, y el rey tenía la plenitud del poder soberano; pero el exceso mismo de esta omnipotencia, arrastró á los parlamentos á apoderarse de una parte del poder legislativo. Se abrogaron la facultad de rehusar el registro de las leyes, cuando les parecían contrarias al interés general, ó á los privilegios de las provincias. Esto era una usurpación; el uso de los decretos de reglamen-

1 Merlin, *Cuestiones de derecho*, en las palabras *Sentencia de reglamento*, § 1.

to no tenía otro título. Dar sentencias de reglamento era usurpar también el poder legislativo. Esos decretos, dice el tribuno Faure (1), eran á la vez sentencias y leyes; sentencias, para las causas sobre las cuales estatúan; leyes, para las cuestiones análogas que podían presentarse en lo sucesivo. Desde el día en que el poder de hacer la ley, quedó separado de la facultad de aplicarla, debía cesar esta confusión. Ella es anticonstitucional, continúa Faure; el poder judicial no tiene ya el derecho de hacer las leyes, lo mismo que el poder legislativo no tiene el de sentenciar. Los autores del Código civil tenían todavía otra razón para proscribir las sentencias de reglamento. Estas formaban un derecho local, y las sentencias dadas por un parlamento no tenían valor alguno en los distritos de los demás parlamentos. Bajo el antiguo régimen, esta diversidad de derecho nada tenía de anómalo, porque era uno de los caracteres del derecho variar hasta lo infinito. Pero el objeto de los autores del código fué precisamente poner fin á esta diversidad infinita, de la cual resultaban dificultades sin número. Luego era necesario prohibir á los tribunales estatuir por vía de disposición general y reglamentaria.

260. Bajo un régimen constitucional, los tribunales no piensan en usurpar el poder legislativo, así como el poder legislativo no piensa en usurpar el poder judicial. Las decisiones que vamos á trasladar, no son sentencias de reglamento, propiamente tales: son decisiones en forma reglamentaria que traspasan los límites del poder judicial (2). Tal es una especie de reglamento hecho por el tribunal de

1 Discurso de Faure al presentar el voto de adopción del Tribunal, sesión del cuerpo legislativo de 14 ventoso, año XI (Locré, tomo I, págs. 318 y siguientes).

2 Las decisiones dadas sobre el art. 5 del Código civil están recopiladas en Dalloz, en las palabras *Competencia administrativa*, núms. 71 y siguientes, *Juicio*, núms. 159 y siguientes, y *Leyes*, núms. 442 y siguientes.

Audenarde, de fecha 10 de Mayo de 1833. La sentencia de 30 de Octubre de 1814 permite á los indigentes que quieren casarse, reemplazar la acta de notariado exigida por el artículo 70 del Código civil con un extracto del registro de las parroquias. Se presentaron algunas dificultades en la aplicacion de este decreto. Se preguntaba si los extractos estaban sujetos á la aprobacion y ratificacion prescritas por el artículo 72; despues, lo que debia entenderse por la palabra *indigentes*. El tribunal adoptó una decision motivada, sobre estas dos cuestiones, y la consignó en una acta firmada por el presidente y el escribano. Esta decision fué casada en interés de la ley por una sentencia de 5 de Diciembre de 1833, como violadora del artículo 5 del código. Esto no era una verdadera *sentencia de reglamento*, puesto que el tribunal no decidia ninguna contienda, ni conocia de ninguna demanda. El tribunal no habia violado ménos el artículo 5, dando un reglamento general que debia recibir su aplicacion tantas veces cuantas se produjera la dificultad. El tribunal habia violado tambien otro principio que rige el ejercicio del poder judicial, al dar una decision sin estar conociendo legalmente de una causa. Habia, pues, un doble exceso de facultad que la corte de casacion creyó deber reprimir (1).

• 261. ¿Los tribunales pueden dispensar de las certificaciones ó testimonios justificantes de que en tal cuestion de derecho se observa en Bélgica tal ley ó tal costumbre? La Corte de Bruselas se declaró incompetente por sentencia de 9 de Mayo de 1832, y con razon. Segun las leyes orgánicas del órden judicial, los tribunales no están establecidos sino para decidir las contiendas particulares llevadas ante ellos, por una demanda regular. Desde luego ningun título tienen para dis-

1 *Boletín de las sentencias de la corte de casacion de Bélgica*, 1833 y 1834, pág. 78.

pensar de dichas certificaciones; y el artículo 5 del código les prohíbe implícitamente, sentenciar por vía de disposicion geneneral y reglamentaria (1).

• 262. La jurisprudencia francesa contiene un gran número de fallos, por los cuales la Corte de casacion anuló sentencias ó deliberaciones emanadas de los tribunales de comercio. No es que la jurisdiccion consular tenga la menor pretension de imitar á los parlamentos; pero á los comerciantes que la ejercitan, no teniendo estudios jurídicos, les sucede que traspasan los límites de su competencia, sin sospechar que cometen algunos excesos de poder. Citaremos algunos ejemplos.

El tribunal de comercio de Montauban, declaró por una sentencia, que los corredores de comercio tenian, concurriendo con los comisarios tasadores, el derecho de proceder á las ventas públicas. No habia proceso pendiente, no habia ni demandante ni demandado. El tribunal determinó, en vista de las memorias publicadas por personas que ni aun estaban mencionadas, y determinó por vía de decision general y reglamentaria. Esto era violar no solamente el artículo 5 del Código civil, sino el principio elemental que prohíbe al juez obrar miéntras no conozca de una demanda. La Corte de casacion casó la decision de Montauban (2).

El tribunal de comercio de Saint Martin (Isla de Ré), adoptó una deliberacion, por la cual protestó contra la conducta de la autoridad local, que no le habia invitado á asistir á la inauguracion de la fuente; trasmitió esta protesta al Maire y al Prefecto y la mandó insertar en los diarios. Esto era olvidar que los tribunales no tienen el derecho de vituperar los actos de la autoridad administrativa; cuan-

1 Jurisprudencia del Siglo XIX, tercera parte, 1932, pág. 389.

2 Sentencia de 13 de Mayo de 1829 (Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Competencia administrativa*, 74, 50).

do esos actos motivan un proceso tienen el derecho de examinar si son conformes á la ley, pero no les es permitido censurarlos de oficio; y no pueden con este motivo tomar decisiones y consignarlas en su registro. La Corte de casacion casó esta deliberacion (1).

El tribunal de comercio de Argel adoptó una deliberacion por la cual estableció un cuerpo de asentistas, arregló su número, sus atribuciones y la tarifa de sus emolumentos. Esto era violar abiertamente el artículo 5 del Código de Napoleon, decretando por vía de disposicion general y reglamentaria. Era, tambien, desconocer el principio que prohíbe al juez intervenir, mientras que no esté conociendo de un pleito. La Corte de casacion reprimió este exceso de facultad, anulando las deliberaciones del tribunal (2).

\* 263. Sucede algunas veces que los tribunales hacen una especie de transaccion entre las partes que litigan en un juicio. Cuando no hay reglamentos provinciales sobre el uso de las aguas no navegables, los tribunales, dice el artículo 645, deben, al decidir la cuestion que les está sometida, conciliar el interés de la agricultura con el respeto debido á la propiedad; pero estos reglamentos judiciales sobre el uso de las aguas, difieren en gran manera de los reglamentos administrativos. Esos tienen fuerza de ley, y obligan por consiguiente á todos los ribereños, mientras que los reglamentos hechos por el juez, no producen efecto sino entre las partes que han estado mancomunadas en la causa. Los reglamentos administrativos pueden, siempre, ser modificados y abrogados. No sucede lo mismo con los reglamentos judiciales. El juez no puede hacerlos sino por

1 Sentencia de 17 de Enero de 1842 (Daloz, *Repertorio*, en la palabra *Juicio*, núm. 159).

2 Sentencia de 25 de Junio de 1850 (Daloz, *Colección periódica*, 1850, 1, 228). Compárese la sentencia de 16 de Marzo de 1852 (Daloz, 1852, 1, 127).

sentencia, es decir, cuando está conociendo de un pleito, y nunca puede reformar su decision.

NUM. 3. EL JUEZ NO PUEDE DETERMINAR PARA EL FUTURO.

\* 264. Los tribunales se han establecido para fallar las contiendas que les son sometidas. Sus decisiones se dan, necesariamente, sobre los intereses nacidos y actuales. No tienen título alguno para determinar sobre los litigios futuros. En primer lugar, porque es imposible que conozcan de un debate que todavía no existe, y no pueden obrar sino cuando están conociendo. En segundo lugar, porque es imposible al juez prever las circunstancias en que se originará el proceso, si llega á nacer; le es, por lo mismo, imposible dar un fallo. Por último, el magistrado no puede juzgar sin oír á las partes; ¿y cómo las oíría cuando no hay causa ni partes? En este sentido, el juez no puede decidir para lo futuro; es decir, que no puede decidir cuestiones que todavía no existen; si lo hace, traspasa los límites del poder judicial. El legislador arregla lo futuro y no le es permitido regir lo pasado. El juez arregla el pasado y no le es permitido disponer para el porvenir.

\* 265. Hay casos en que este exceso de poder viola el artículo 5 del Código civil. Un tribunal conoce de un pleito entre los comisarios tasadores y los agentes de la posesion; decide que éstos no tienen derecho de proceder á la venta de efectos mobiliarios. Hé aquí terminado el litigio, y aquí se detiene la accion del juez. Pero el fallo agrega: «*que en lo futuro* los comisarios tasadores quedan autorizados para proceder á la venta de efectos mobiliarios de tal naturaleza.» Esta disposicion no es una sentencia, no concierne á las que son partes en el juicio, sino á los comisarios tasadores en general. Ella no afec-