

El «casus dubius» en los Códigos de la Ilustración Germánica

(Estudios sobre la Codificación. Interpretación de las prohibiciones de interpretar. II)

PABLO SALVADOR CODERCH,
Catedrático de Derecho Civil

Este trabajo está dedicado al profesor don José Beltrán de Heredia, en cuyos Estudios de homenaje aparecerá próximamente. El autor agradece aquí la ayuda que recibió del Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte de Franckfurt am Main; sin ella su realización hubiera resultado imposible.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. EL CASUS DUBIUS.—3. LA INTERPRETACION JUDICIAL EN LA CODIFICACION PRUSIANA: 3.1. La renuncia al ideal de la claridad en la codificación prusiana. Los cánones de la interpretación literal y lógica y la crítica de Schlosser al Proyecto de 1784-1788. 3.2. La regulación de la aplicación judicial del derecho en el ALR de 1794: 3.2.1. Svarez y Carmer: Una concepción dualista del ordenamiento jurídico. 3.2.2. La regla del párrafo 46 de la Introducción al ALR: La letra y el fundamento de la ley. 3.2.3. La regla del párrafo 49 de la Introducción al ALR: Defecto de ley y defecto de la ley. 3.3. La derogación de las reglas sobre interpretación del ALR.—4. LA CODIFICACION CIVIL AUSTRIACA: DEL RECURSO AL LEGISLADOR A LOS PRINCIPIOS JURIDICOS NATURALES.—5. EPILOGO: DE LOS PRINCIPIOS JURIDICOS NATURALES A LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO.

1. INTRODUCCION (1)

En la historia de la Codificación civil el Código prusiano de 1794 (*Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten*, en adelante:

(1) En la literatura más reciente hay que citar la obra de CLAUDIETER SCHOTT, «*Rechtsgrundsätze*» und *Gesetzkorrektur. Ein Beitrag zur Geschichte gesetzlicher Rechtsfindungsregeln* (Studien zur Rechtsgeschichte. Heft 9). Berlin. Duncker und Humblot, 1975. Por otro lado son ya clásicas las numerosas aportaciones del gran historiador del derecho HERMANN CONRAD: Dos síntesis básicas en su manual, *Deutsche Rechtsgeschichte. Band II. Neuzeit*

ALR) y el Código civil austríaco de 1811 (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*, en adelante: ABGB) constituyen, sin duda, las dos realidades más importantes del Iluminismo jurídico.

Las reglas sobre la interpretación judicial que se fueron proponiendo en los precedentes de ambos textos, en ellos o, en su caso, en sus reformas posteriores son a un tiempo una manifestación clara del influjo de la cultura iusracionalista y una de las bases de orientaciones

bis 1806 Ein Lehrbuch. Karlsruhe. Verlag C. F. Müller, 1966, 382 y ss. y, especialmente en: *Richter und Gesetz im Übergang vom Absolutismus zum Verfassungsstaat* (Kleine Arbeitsreihe des Instituts für europäische und vergleichende Rechtsgeschichte der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Graz. Hrsg. von Berthold Sutter. Heft 3) Graz. Buch- und Offsetdruck Dorrong, 1971. V. también: *Die geistigen Grundlagen des Allgemeinen Landrechts für die Preussischen Staaten von 1794*. Köln und Opladen. Westdeutscher Verlag, 1958; *Zu den geistigen Grundlagen des Strafrechtsreform Josephs II (1780-1788)*; en: *Festschrift für Helmuth von Weber zum 70. Geburtstag*. Hrsg. von HANS WELZEL, HERMAN CONRAD, ARMIN KAUFMANN und HILDE KAUFMANN. Bonn. Ludwig Röhrscheid Verlag, 1963, 56 y ss. Sobre el tema de la interpretación en el ALR véase la Introducción (*Einführung*) de Hans Hattenhauer a la edición del ALR: *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten von 1794. Mit einer Einführung von Dr. Hans Hattenhauer... und einer Bibliographie von Dr. Günter Bernert*. Frankfurt am Main. Alfred Metzner Verlag, 1970, 12 y ss. Más bibliografía en H. J. Becker. *Auslegungs- und Kommentierungsverbot*. HRG. II, 963 y ss. Para un panorama de la cultura jurídica sobre, respectivamente, el ALR y el ABGB v. WOLFGANG WAGNER, *Die Wissenschaft des gemeinen römischen Rechts und das Allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten*. En HELMUT COING y WALTER WILHELM (Hrsg.). *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert* (Studien zur Rechtswissenschaft des neunzehnten Jahrhunderts. Band 1. «Neunzehntes Jahrhundert». Forschungsunternehmen der Fritz Thyssen Stiftung). Frankfurt am Main. Vittorio Klostermann, 1974, 19 y ss., y en el mismo volumen WERNER OGRIS, *Die Wissenschaft des gemeinen römischen Rechts und das österreichische Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch*, 153 y ss. En la literatura más antigua, el trabajo fundamental es el de JOSEF LUKAS, *Zur Lehre vom Willen des Gesetzgebers. Festgabe für Paul Laband zum fünfzigsten Jahrestage der Doktor-Promotion*. Tübingen. Verlag von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1908. I, 399 y ss. El trabajo de Lukas originó una polémica doctrinal con el historiador del derecho inglés Julius Hatschek, que todavía hoy puede ser consultada con aprovechamiento. La polémica se originó tras la crítica de Lukas a las afirmaciones de Hatschek sobre la influencia de Bentham en la codificación francesa contenidas en su *Englisches Staatsrecht mit Berücksichtigung der für Schottland und Irland geltenden Sonderheiten. Band I: Die Verfassung*. Tübingen. Verlag von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1905, 153 y ss. Las réplicas y contraréplicas de uno y otro se pueden ver en el *Archiv für öffentliches Recht*, las de Hatschek en «Bentham und die Geschlossenheit des Rechtssystems. Eine Kritik und ein Versuch». XXIV, 1909, 442 y ss. «Bentham Einfluss auf die Geschlossenheit der Kodifikation». XXVI, 1910, 67 y ss. y «Bentham und die Geschlossenheit des Rechtssystems. Ein Schlusswort». XXXVI, 1910, 458 y ss. Y las de Lukas en «Benthams Einfluss auf die Geschlossenheit der Kodifikation. Ein Schlusswort». XXVI, 1910, 465 y ss. Posteriormente, v. LUDWIG SPIEGEL, *Gesetz und Recht. Vorträge und Aufsätze zur Rechtsquellenlehre*. (Prager Staatswissenschaftliche Untersuchungen hrsg. von H. Rauchberg, P. Gander, L. Spiethoff und R. Zuckerstandl. Heft 1). München und Leipzig. Verlag von Duncker und Humblot, 1913, Cap. VI, 100 y ss., corrigiendo algunas inexactitudes históricas cometidas por Lukas al historiar la evolución de las reglas sobre el recurso al legislador en la codificación austriaca.

presentes todavía hoy en los títulos preliminares de algunos códigos más modernos como, por ejemplo, el español.

Preguntas tales como por qué las alusiones a los principios generales del Derecho aparecen ya en sede de interpretación, ya en sede de fuentes del Derecho —compárese de momento la vieja y la nueva redacción del Título Preliminar del Código civil español— encuentran respuesta y explicación a partir del análisis de los textos citados.

Savigny inició en *Vom Beruf* la práctica consistente en comparar el ALR y el ABGB entre sí y ambos con el *Code civil* francés de 1804 (2). Aquí se seguirá esta tradición pero no puede dejarse de advertir la dosis de arbitrariedad que supone marginar otros textos relevantes para la cuestión en estudio (p. ej., en sede de codificación penal o procesal). Ha primado en este caso la deformación del civilista.

En este trabajo se analizarán solamente las reglas sobre la interpretación judicial en la codificación austríaca y prusiana, dejando para una segunda parte el caso francés y su incidencia en el área cultural latina.

Además y para no alargar su extensión, se da aquí por supuesto el detalle de la peripecia codificadora en los países citados. Una buena y apretada síntesis puede verse en el segundo tomo de la *Deutsche Rechtsgeschichte* de Hermann Conrad (n. 1; II, pp. 382 y ss.) o, subsidiariamente, en la *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* de Franz Wieacker (p. 1; pp. 322 y ss.). Baste con apuntar que:

1) En Prusia, tras algunos intentos frustrados durante la primera mitad del siglo XVIII, la codificación es realmente la obra póstuma de la política ilustrada de Federico el Grande (1740-1786).

HANS THJEME, «Die Zeit des späten Naturrechts. Eine privatrechtsgeschichtliche Studie». *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte* (GA). LVI, 1936, 202 y ss. y «Die Preussische Kodifikation. Privatrechtsgeschichtliche Studien. II». *Ibid.* LVII, 1937, 355 y ss.

Cfr. también FRIEDRICH EBEL, *Über Legaldefinitionen. Rechtshistorische Studie zur Entwicklung der Gesetzgebungstechnik in Deutschland, insbesondere über das Verhältnis von Rechtsetzung und Rechtsdarstellung* (Schriften zur Rechtsgeschichte. Heft 6), Berlin. Duncker und Humblot, 1974, 156 y ss.

En España ha tenido una influencia importante la obra de un sector de la doctrina italiana. Paradigma: GIOVANNI TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. Vol. I. Assolutismo e codificazione del diritto*. Bologna. Società editrice il Mulino, 1976, 67, 223, 486 y ss. En la literatura italiana menos reciente es de destacar sobre todo: GIOELE SOLARI, *Filosofia del diritto privato. I. Individualismo e Diritto Privato* (Università di Torino. Miscellanea dell'Istituto Giuridico. VI). Torino. G. Giappichelli Editore, 1959 (primera edición: 1911), 43, 202 y ss.

La conocida obra de FRANZ WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*. 2. Auflage. Göttingen. Vandenhoeck und Ruprecht, 1967, 332 y ss., es de menor utilidad para el tema en estudio.

(2) FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 54 y ss. Cito a partir de la última edición de los escritos polémicos de THIBAUT y SAVIGNY: *Thibaut und Savigny. Ihre Programmatischen Schriften mit einer Einführung von Professor Dr. Hans Hattenhauer*. München. Verlag Franz Vahlen, 1973, 128 y ss.

El rey encargó en 1746 la realización de un código racional y ajustado a la constitución del país a su canciller Samuel von Cocceji (1679-1755). El proyecto fue publicado, incompleto, entre 1749 y 1751 con el título de *Project des Corporis Iuris Fridericiani*, pero la muerte de Cocceji y los problemas exteriores de la monarquía (Guerra de los Siete Años, 1756-1763) paralizaron la codificación.

Las tareas se reiniciaron en 1779-1780 (*Kabinettsorder* de 14-4-1780) a raíz de la preocupación que había causado en el rey un famoso litigio (el caso del molinero Arnold), en el que el monarca intervino personalmente. Federico despidió a su gran canciller nombrando en su lugar a Johann Heinrich Casimir von Carmer (1721-1801) quien, junto con Carl Gottlieb Svarez (1746-1798) y Ernst Ferdinand Klein (1744-1810) fueron los animadores del proyecto de reforma.

El primer proyecto de lo que acabaría siendo el ALR, el denominado *Entwurf eines allgemeinen Gesetzbuches für die Preussischen Staaten*, fue publicado entre 1784 y 1787 y sometido a una especie de información pública. El segundo proyecto, *Allgemeines Gesetzbuch für die Preussischen Staaten*, 1791, estuvo a punto de entrar en vigor, pero rico el Grande y el acceso al trono de Federico Guillermo II en 1786, así como la oposición de los sectores más conservadores de la sociedad de la época consiguieron suspender su entrada en vigor (18-4-1792). Tras una última revisión, el Código —*Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten*— comenzó a regir el 1-6-1794.

2) En Austria el primer intento serio de reelaborar y unificar el Derecho existente se realizó a mediados de siglo, culminando con el *Codex Theresianus* (1766), denominado así por María Teresa, emperatriz entre 1740 y 1780. El proyecto demasiado anclado en la tradición romanista que pretendía sustituir, no fue aprobado.

Bajo José II (1780-1790) se publica una revisión —el denominado *Proyecto Horten*, *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* o *Josephinisches Gesetzbuch* (1786-1787)—. Mas las reformas sustanciales que llevarían a configurar en Austria un nuevo Derecho privado en sentido moderno tendrían lugar por la vía de la legislación especial (tolerancia religiosa, 1781; legislación sobre el matrimonio, 1783; sucesoria, 1786; libertad de comercio, 1786; deseñorialización de los fundos nobles en determinados aspectos, 1789, etc.).

Durante el reinado de Leopoldo II (1790-1792), la codificación civil se reinició bajo la dirección de un profesor de Derecho natural, Karl Anton von Martini zur Wasserberg (1726-1800). Su resultado fue el *Proyecto Martini* de 1793 que, reelaborado años después, constituye el denominado *Urentwurf* o *Westgalizisches Gesetzbuch* de 1797.

De los trabajos posteriores bajo la égida de Franz A. Edlen von Zeiller (1751-1828) surgiría el *Código Civil Austríaco* de 1811, todavía hoy en vigor.

La significación de los dos grandes códigos iusnaturalistas en la evolución del Derecho privado contemporáneo es radicalmente distinta.

Se podría resumir diciendo que el ALR prusiano es todo un Código del Antiguo Régimen que marca el final de una época, mientras que el ABGB austríaco es un código moderno, un *Bürgerliches Gesetzbuch*, un código civil burgués en el más estricto sentido de la palabra.

El ALR no era sólo un Código civil. En sus 19.000 párrafos incluía disposiciones penales, Derecho eclesiástico, lo que hoy llamaríamos Derecho público y, en fin, un poco de casi todo. Por otra parte, en lo que tenía de Código civil tampoco era un Derecho civil en sentido moderno: era un código *estamental* que, además regía solamente como *supletorio* de los distintos derechos provinciales.

Pese a la cuidadosa regulación de los derechos y deberes de los individuos pertenecientes a los distintos estamentos (*Bauernstand*, *Bürgerstand*, *Adelsstand*; cfr. la Parte II del ALR) y su carácter subsidiario, la promulgación del código se había visto dificultada ante la cerrada oposición que encontró. A la postre su aprobación final (*Publicationspatent* de 5-2-1794) fue una consecuencia de la Segunda Partición de Polonia (1793). Esta supuso para Prusia una ganancia territorial de 55.000 Km² y el ALR fue considerado como un buen medio para prusificar Polonia (cfr. Hattenhauer, *Einführung*, n. 1, p. 28). Esto último constituye irónicamente una de las pocas características realmente modernas del ALR. No se puede ignorar que el intento de unificar la regulación de las relaciones civiles responde en la historia de la codificación europea al designio de crear *ex nihilo* o de incrementar la cohesión nacional en un Estado moderno. A este respecto, el análisis comparado de la codificación resulta ejemplar y el ALR no es más que un extremo de los ejemplos posibles.

Por su parte, el ABGB es sustancialmente un código moderno: de aplicación directa y no subsidiaria, modelado en sus sólo 1.502 párrafos bajo las exigencias del *Bürgerstand* y limitado en su contenido prácticamente a lo que desde inicios del siglo XIX se conoce por Derecho civil. Alejado por otro lado del casuismo del viejo iusrazionalismo wölfiano —resulta en cambio evidente la influencia de la ética kantiana— está mucho más cerca de nuestros días que el ALR. Por eso sigue ahí.

Los dos, el ALR y el ABGB, interesan aquí porque son dos ejemplos paradigmáticos de la *doctrina de la interpretación judicial del Derecho sucesivamente creada y abandonada por la cultura del Absolutismo monárquico*. A estos efectos esa cultura partía de tres presupuestos:

a) *La doctrina de la voluntad del legislador (Wille des Gesetzgebers)*. Generalizada en el mundo germánico a partir de la obra de Samuel Pufendorf (1632-1684), en la doctrina civil es famosa la formulación, muy anterior, de Doneau (1527-1591):

«Non enim lex est, quod scriptus est, sed quod legislator voluit, quod iudicio suo probavit et recepit, et hac solum de causa leges nos tenent...» (3).

(3) *Commentariorum de Iure Civili. Opera Omnia*. I, XIII, 1. Romae. Typis Josephi Salviucci, 1828.

b) *La doctrina según la cual legislación y jurisdicción pertenecen a las regalías (Hobeitsrechte) del Príncipe.*

Desde Bodin se había enseñado que el primer atributo de la soberanía era legislar y, por otra parte, siempre se había añadido, entre otros, el de interpretar la ley (4). Pero en el siglo XVIII se hace especial hincapié en que la legislación sería un poder inútil si el soberano carece del poder de interpretar la ley, de aclarar lo que es la expresión de su propia voluntad (5).

En Prusia el ALR resumiría esta doctrina:

«Das Recht, Gesetze und allgemeine Polizeiverordnungen zu geben, dieselbe wieder aufzuheben und Erklärungen darüber mit gesetzlicher Kraft zu ertheilen, ist ein Majestätsrecht». (ALR, II, 13, parágrafo 6). [«El derecho a dar leyes y disposiciones generales de policía, así como el de derogarlas o verificar sobre ellas una interpretación con fuerza de ley son regalías» (ALR, II, 13, parágrafo 6)].

c) *La doctrina conforme a la cual el poder del Príncipe es absoluto pero no arbitrario: está dirigido al bien común.*

Evidentemente hay ahí una contradicción, pero no entraremos en ella. Baste con señalar que el intento, típico del Despotismo Ilustrado, de redactar una nueva legislación *racional y precisa*, se relaciona tanto con el deseo de salvaguardar aquel poder absoluto como con el de conseguir la realización del bien común y evitar la arbitrariedad y la inseguridad jurídica.

Es ejemplar al respecto el *primer* parágrafo del «Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches» austríaco de 1787 («Josephinisches Gesetzbuch»):

(4) HEINZ MOHNHAUPT, «Potestas legislativa und Gesetzbegriff im Ancien Régime». *Ius Commune*. IV, 1972, 188 y ss.

(5) CONRAD, *Richter und Gesetz* (n. 1), 7 y ss., a quien seguimos aquí. Christian August von Beck (1720-1784), preceptor del futuro emperador José II (1780-1790), había enseñado a su pupilo a mediados de siglo que:

«In Fall ... dass alle Regeln der Auslegung der Dunkelheit eines Gesetzes nicht abhelfen können, so ist niemand als der Gesetzgeber allein befugt, die wahre Deutung desselben durch einen Machtspruch zu bestimmen...»

Mientras que, por su parte, el poder de legislar sería inútil:

«Wenn der Gesetzgeber nicht zugleich das Recht hätte, nach dieser Richtschnur die Handlungen der Untertanen zu prüfen und ihre Streitigkeiten zu entscheiden...»

Las citas se toman de: *Recht und Verfassung des Reiches in der Zeit Maria Theresias. Die Vorträge zum Unterricht des Erzherzogs Joseph in Natur- und Völkerrecht sowie in Deutschen Staats- und Lehnrecht*. Unter Mitarbeit von Gerd Kleinheyer, Thea Buyken und Martin Herold. Hrsg. von HERMANN CONRAD (Wissenschaftliche Abhandlungen der Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen. Hrsg. von Leo Brandt. Band 28). Köln und Opladen, 1964. Cap. 19, parágrafo 9 y Cap. 13, parágrafo 1 (la última cita también puede verse en la obra citada de Conrad, p. 9).

«Jeder Unterthan erwartet von dem Landesfürsten Sicherheit und Schutz. Es ist also die Pflicht des Landesfürsten, die Rechte der Unterthanen deutlich zu bestimmen, und ihre Handlungen so zu leiten, wie es der allgemeine und besondere Wohlstand fordert». [«Todo súbdito espera de su Señor territorial seguridad y protección. Por ello es obligación del Señor determinar expresamente los derechos del súbdito y dirigir los actos de éste del modo que el bienestar general y especial exijan»].

El precepto *precede* y no sigue al que consagra la doctrina de la voluntad del legislador:

«Von der Landesfürsten eigen obersten Gewalt entspringt die Verbindlichkeit aller in dem ordentlichen Wege kundgemachten Gesetze...». [«La obligatoriedad de todas las leyes ordinariamente promulgadas deriva del supremo poder propio del Señor territorial»].

El bien común del Antiguo Régimen supone una sociedad estamental que se trata de reformar pero que en manera alguna se intenta destruir. Antes bien, cada cual colabora a su consecución desde la posición social fija —estamental— que le corresponde. La idea de bien común parte de este presupuesto. Así, por ejemplo, el ALR iniciará el tratamiento de los principios generales del Derecho («Einleitung», parágrafo 73) con la disposición siguiente:

«Ein jedes Mitglieder des Staats ist, das Wohl und die Sicherheit des gemeinen Wesens nach dem Verhältniss seines Standes und Vermögens, zu unterstützen verpflichtet». [«Todos los miembros del Estado están obligados a procurar el bien y la seguridad de la comunidad en función de su situación estamental y patrimonial»].

En el marco de las tres ideas reseñadas, el soberano detenta el monopolio de la legislación general y la ley es expresión de su voluntad. Cuando se plantea un problema de interpretación, lo que se está planteando es una cuestión acerca de cuál ha sido la voluntad del legislador. Si el texto legal es impreciso, la decisión judicial supone así ponerse en el lugar del legislador, crear y no aplicar derecho.

Por eso, el programa de renovación legislativa del Absolutismo monárquico propondrá la búsqueda de la máxima precisión posible en los textos legales y la consiguiente eliminación o reducción de los problemas de interpretación. Las leyes tienen que ser precisas y no presentar problemas de interpretación. El *casus dubius* supone una duda sobre la voluntad del legislador. Idealmente éste no sólo es el mejor sino el único intérprete: la actividad de interpretación judicial debe detenerse ante el caso dudoso. Frente a él hay que consultar al legislador.

En la base del programa codificador de la Ilustración está la suposición cierta de que la interpretación judicial del *casus dubius* no es una actividad meramente cognoscitiva del Derecho sino una actividad creadora de derecho y, asimismo, que a ello lleva precisamente el estado irracional de la legislación vigente. Pero también está la creencia en que una nueva legislación racional y precisa es suficiente para reducir a un mínimo la exigencia de esa actividad. Se debe arrumbar con la vieja legislación y entonces será posible acabar con la interpretación. El viejo derecho es un mal tanto para el príncipe, pues merma sus regalías, como para los súbditos, pues carecen de seguridad jurídica (6).

Desde luego, hay un fondo de verdad en la idea intuitiva de que se pueden reducir los problemas de interpretación mejorando la técnica legislativa. Pero el optimismo de los juristas filósofos de la Ilustración y, concretamente, de los reformadores del Derecho prusiano (Svarez, Carmer y Klein) era excesivo. Se fundaba en una teoría incorrecta de la legislación.

2. EL «CASUS DUBIUS»

En efecto, la realización del programa legislativo apuntado debía permitir, en el marco de la doctrina de la voluntad del legislador, restringir o, incluso, prohibir la interpretación judicial permitiendo la resolución de los pocos problemas de interpretación que restaran al legislador.

Ahora bien, para evitar equívocos hay que aclarar qué se entiende por 'prohibición de interpretación'. Lo prohibido será *la interpretación judicial del «casus dubius»*.

La distinción entre el *casus legis* o *casus clarus* y el *casus dubius* fue descrita hace algunos años por Gino Gorla en un artículo ya fa-

(6) SVAREZ dirá al respecto:

«Es ist unstreitig ein Übel, wenn die Rechte und Pflichten der Bürger ... nicht mit Deutlichkeit und Gewissheit bestimmt sind und also diese Bestimmung bei vorfallendem Streite dem Befinden des Richters überlassen werden muss. Denn alsdann wird der Richter zum Gesetzgeber; und nichts kann der bürgerlichen Freiheit gefährlicher sein, zumal wenn der Richter ein besoldeter Diener des Staats und das Richteramt lebenswierig oder, um mich eines neuerlich gestempelten Ausdruck zu bedienen, inamovibel ist. Aber ein sehr grosses Übel ist und bleibt es doch auch immer, wenn die Sammlung der Gesetze zur Last vieler Kamele anschwillt und also die Unmöglichkeit eintritt, dass die Bürger des Staats die Norm seiner Handlungen kenne und zu befolgen imstande sei.»

Inwiefern können und müssen Gesetze kurz sein? Vorträge über Recht und staat. Hrsg. von Hermann Conrad und Gerd Kleinheyer. (Wissenschaftliche Abhandlungen der Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen. Hrsg. von Leo Brandt. Band 10). Köln und Opladen. Westdeutscher Verlag. 1960, 628. Cfr. además ERIK WOLF, *Grosse Rechtsdenker der Deutschen Rechtsgeschichte*. 4. Auflage. Tübingen. Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1963, 446, nota 33.

moso (7): la doctrina del Derecho común hablaba de *casus legis* o de *casus clarus* cuando existía «... una ley clara y precisa sobre... el caso en examen» (8). Ante el *casus clarus* no hay lugar a interpretación (*in claris interpretatio non fit!*), es decir, no hay lugar al recurso a todo el arsenal de criterios de decisión y de manipulación de las fuentes (*rationes, auctoritates* de doctores y tribunales, costumbres, etc.) en que consiste precisamente la interpretación en sentido estricto y que permite naturalmente distorsionar y pervertir un mandato claro y distinto.

Era solamente ante el *casus dubius*, ante la ley oscura, cuando procedía aclarar su sentido acudiendo a *rationes* y a *auctoritates*. Así las cosas, es obvio concluir que frente al *casus dubius* (o a lo que se decidiera asumir como tal) el juez gozaba de mayor arbitrio que ante un *casus clarus*.

Por supuesto, la práctica estatutaria del Derecho común conocía desde el siglo XIII distintos procedimientos para controlar la actividad judicial de aplicación del Derecho (recuérdese por un momento el *giudizio da sindacato* del Derecho estatutario italiano y la práctica exigencia de los *consilia* previos a la decisión judicial sobre los que Woldemar Engelmann escribió gran parte de su obra clásica). Pero la legislación del siglo XVIII se mueve en un contexto distinto. A medida que avanza la consolidación del Estado moderno y se evoluciona hacia una organización centralizada del poder y, en concreto, de la *administración de justicia*, se va incrementando paralelamente la tendencia a limitar la autonomía interpretativa del juez, sobre todo cuando la decisión habría de basarse en elementos o textos no emanados del propio aparato estatal (costumbre, doctrina de doctores, los propios derechos particulares). Así, las prohibiciones de interpretar el *casus dubius* pueden entenderse, sobre todo durante el siglo XVIII, como un reflejo de ese proceso, y lo mismo cabe decir de la institución correlativa del recurso al legislador.

Mas en cualquier caso, las prohibiciones no pueden considerarse, como en ocasiones se ha hecho, a modo de prohibiciones absolutas. Ello no es así. Normalmente se prohíbe únicamente la interpretación del *casus dubius*, de la ley dudosa u *oscura*. Y esto, como la propia regla *in claris* no es ninguna banalidad como a veces se dice y repite.

El concepto de *casus dubius* se analiza habitualmente desde una perspectiva exclusivamente semántica, como una cuestión relativa al significado de textos legales más o menos vagos y ambiguos. Autores como Jerzy Wróblewski (9), por ejemplo, han distinguido al efecto entre:

(7) «I precedenti storici dell' art. 12 disposizioni preliminari del codice civile del 1942 (un problema di diritto costituzionale?)». *Il Foro Italiano*, 1969. *Parte quinta*, 112 y ss.

(8) Gorla. «I precedenti» (n. 7), 114.

(9) «Semantic Basis of the theory of legal interpretation». *Logique et analyse*, 1963, 401 y ss. «Il modelo teorico dell' applicazione della legge». *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1967, I, 10 y ss. «Legal rea-

i) *Interpretación en sentido amplio*: la necesaria actividad de comprensión de cualquier expresión lingüística. En ese sentido cualquier texto debe ser interpretado y si la regla *in claris* o la prohibición de interpretar se refirieran a esta actividad, se trataría evidentemente de algo absurdo.

ii) *Interpretación en sentido estricto*: actividad referida solamente a aquellas situaciones en las que se presenta una *duda* acerca del *significado preciso de un texto* o de un conjunto de textos que se consideran relevantes para la resolución de un caso judicial.

Si, como sucede en el siglo XVIII, se afirma a la vez que la ley es expresión de la voluntad del legislador y que el único legislador es el soberano, la tendencia a prohibir la interpretación judicial del *casus dubius* resulta, como ya se ha dicho, perfectamente comprensible. Decidir en este caso sin una expresa delegación legislativa supone ponerse en el lugar del legislador, crear y no aplicar derecho.

Y la vieja regla *in claris interpretatio non fit* debe entenderse referida a la segunda clase de interpretación y no a la primera: No cabe pervertir el *casus clarus* y considerarlo como un *casus dubius* precisado de interpretación en el segundo sentido pues eso supondría pervertir la propia ley.

Sin embargo, el análisis anterior debe ser matizado: No se trata solamente de que la distinción repose sobre un concepto cualitativo, lo cual ya de entrada dice bastante poco de una doctrina de la *precisión* que descansa sobre bases poco *precisas*. Es que, además, el análisis en cuestión reconduce el tema del *casus dubius* al campo de la Semántica y esa es una tesis reduccionista. La cuestión pertenece también o, incluso, predominantemente, al campo de la Pragmática. El concepto de ley oscura puede entenderse «objetivamente» —vaguedad o ambigüedad del texto legal— o «subjektivamente» —duda del juez—. O, con una terminología más correcta, el concepto ambiguo de ley dudosa puede estudiarse desde el punto de vista de las expresiones legales y sus *designata* haciendo abstracción de los usuarios del lenguaje legal, y entonces los problemas de oscuridad de la ley se conciben como problemas semánticos. O bien, pueden estudiarse haciendo referencia a los usuarios de este lenguaje, en nuestro caso, por lo menos al juez, a los distintos jueces, y entonces las cuestiones al respecto son estrictamente pragmáticas.

Esto último parece más plausible: *casus dubius*, ley dudosa, es dudosa para alguien y de hecho las prohibiciones de interpretación de, por ejemplo, el Código prusiano, no se aplicarán cuando la ley sea vaga o ambigua sino, literalmente, cuando «... el juez encuentre dudoso el sentido de la ley...» (parágrafo 47 de la *Einleitung* del ALR).

Naturalmente, hay una relación entre ambos puntos de vista —aunque sólo sea porque la Pragmática supone la Semántica— pero no se puede ignorar algo tan obvio como que ocurrencias idénticas de un

soning in legal interpretation». *Logique et analyse*, 1969, 33 y ss. «L'interprétation en droit: théorie et idéologie». *Archives de Philosophie du Droit*, XVII, 1972, 51 y ss.

mismo enunciado legal no parezcan en absoluto dudosas a un juez determinado en una situación dada y a otro sí por más que el texto legal haya sido formulado vagamente, mientras que lo inverso puede suceder con otro texto legal formulado con mayor exactitud, entendiéndolo el primer juez como absolutamente oscuro y el segundo como perfectamente claro (10).

Por eso, la cuestión del *casus dubius* no es sólo un problema (semántico) de *precisión* entendida ésta como una propiedad de los textos legales, sino fundamentalmente un problema (pragmático) de *claridad* que es una relación entre el texto, su destinatario (el juez, los ciudadanos), y una situación dada (un caso litigioso).

Desde el primer punto de vista, el ideal de convertir la legislación en un código máximamente preciso choca con la ineliminable dosis de imprecisión derivada del uso de cualquier lenguaje natural (que es el utilizado por cualquier legislador) y con la propia unilateralidad del planteamiento. En ese sentido, la técnica de las prohibiciones de interpretación acabaría por ser abandonada.

Desde el segundo punto de vista, en cambio, la reducción del ámbito de las interpretaciones consideradas como admisibles no pasa por la mejora en las técnicas legislativas sino por el control de la actividad judicial (casación) y de la propia formación, organización centralizada y responsabilidad del funcionariado judicial. Adicionalmente el problema de la claridad de los textos legales ha tenido siempre una doble vertiente según qué grupo de usuarios del lenguaje legal se considere: los jueces o los ciudadanos en general. Ley clara para un grupo de peritos en Derecho no es lo mismo que ley clara para sus destinatarios. Desde la Ilustración los reformadores legislativos han sido conscientes de la posible incompatibilidad entre ambos *desiderata*. El caso del ALR prusiano es ejemplar.

3. LA INTERPRETACION JUDICIAL EN LA CODIFICACION PRUSIANA

3.1. *La renuncia al ideal de la claridad en la codificación prusiana. Los cánones de la interpretación literal y lógica y la crítica de Schlosser al Proyecto de 1784-1788.*

Entre los juristas y filósofos de la Ilustración el alegato en favor de la *precisión* y de la *claridad* de las leyes es un tópico. Quizá sea la de Montesquieu la más famosa de estas admoniciones. Al componer la ley, enseñó:

«il ne faut pas revenir à des expressions vagues...».

(10) V. ARNE NAESS, *Verso una teoria dell' interpretazione e della precisione*. En: Leonard Linsky (a cura di). *Semantica e filosofia del linguaggio* (Biblioteca di filosofia e metodo scientifico, 29). Traducción italiana de Alberto Meotti. Milano, Alberto Mondadori, editore, 1969, 310 y ss.

Pero recalcando a la vez y, si cabe, con más fuerza que:

«Il est essentiel que les paroles des lois réveillent chez tous les hommes les mêmes idées...» *De l'Esprit des Lois* XXIX, 16 (11).

La exigencia simultánea de que los nuevos códigos sean precisos y comprensibles, más comprensibles que la enrevesada conjunción de los innumerables derechos particulares con un viejo derecho común, asistemático, anticuado, escrito en latín y manipulado hasta la perversión por las opiniones de los doctores y jueces se complementa con el ataque a la interpretación. La interpretación, en el sentido señalado en el epígrafe anterior, es consecuencia del viejo Derecho y derogado aquél, ésta deviene innecesaria: Compárense los capítulos 4 y 5 de *Dei delitti e delle pene* de Beccaria.

Pero la intuición de Montesquieu no le convierte en un preteórico de la Semiótica: La cuestión del *casus dubius* era *objetivada*, entendida como un problema exclusivo del significado de las nuevas leyes «bien escritas», racionales y sistemáticas. Por su parte, el problema de la claridad y comprensibilidad de las leyes se veía como algo dirigido a conseguir el mejor conocimiento de la ley por parte de los ciudadanos. La consecuencia de esta disociación es que las reglas sobre la interpretación judicial se van a enfocar desde la perspectiva de la primera cuestión. Es más, en algunas codificaciones preliberales los temas de la precisión y de la claridad se disocian absolutamente. Este es el caso del Código prusiano: se tratará de que el Código sea preciso pero se pensará que el texto no podrá ser a la vez preciso y claro, comprensible para los ciudadanos en general y se renunciará al segundo ideal. El juez, perito en Derecho, juzgará sobre la base de un código máximamente exacto, pero complicado. Para el tema de la claridad Svarez propondrá otros medios al margen de la ley.

Pero antes de ello la confianza en el binomio precisión y claridad —innecesidad de interpretación de la ley— contaría en Prusia con un valedor singular: el rey.

Federico el Grande escribía en 1749, un año después de la publicación de *L'Esprit des Lois*:

«Die einzelnen Bestimmungen müssten so klar und genau sein, dass jeder Streit um die Auslegung ausgeschlossen wäre...» (12). [«Las disposiciones particulares deberían ser tan claras y precisas como para poder excluir toda discusión sobre la interpretación...»].

Y en 1780, al reanudarse la Codificación, volvería a insistir en que las leyes deberían ser completas (*vollständig*), exactas (*genau bestimmt*)

(11) *Oeuvres complètes*. (Préface de Georges Vedel. Présentation et notes de Daniel Oster), Paris, Aux éditions du Seuil, 1964, 753.

(12) *Dissertation sur les raisons d'établir ou d'abroger les lois* (versión alemana: Werke Friedrichs des Grossen). Cit. según HATTENHAUER, *Einführung* (n. 1), 12 y SCHOTT, «Rechtsgrundsätze» (n. 1), 36.

y comprensibles para sus súbditos (*in ihrer eigenen Sprache abgefasst*) (13).

Pero un código *estamental* anclado en todas y cada uno de las instituciones jurídicas del Antiguo Régimen y, además, *subsidiario* de los distintos derechos particulares tenía de entrada demasiadas limitaciones para aunar el ideal de la concisión y de la claridad al de la precisión. La famosa observación del propio rey al recibir en 1785 un ejemplar del Libro de las Personas del primer Proyecto («es ist aber Sehr Dicke und Gesetze müssen kurz und nicht weitläufig seindt») (14) es significativa al respecto. Y aún lo es más lo que vino a ser la respuesta de Svarez a la objeción real: disociar absolutamente el tema de la precisión del de la claridad y comprensibilidad general publicando junto al *Código oficial* preciso pero complicado un *Volkskodex* más claro y sencillo para uso de no juristas (15).

Así, en el ALR el problema de la sumisión del juez al texto legal tendería a resolverse mediante reglas de interpretación que iban a primar la denominada interpretación literal y el control del razonamiento del juez. La interpretación se concebía como un problema fundamentalmente semántico (predominio de la regla de la interpretación literal). Al razonamiento, con todo, se dejaba un ámbito importante pero subsidiario: Es en defecto de ley cuando no cabe aplicar reglas de interpretación sobre el significado de las expresiones legales. Entonces procede razonar a partir del derecho formulado o no formulado.

Esta última es una particularidad fundamental de las vicisitudes de las prohibiciones de interpretación en el proceso codificador prusiano. Salvo quizá durante el breve plazo que inicia la segunda etapa codificadora hacia 1780, las propuestas de prohibición serán referidas a la *interpretación* del texto legal (por medios distintos a los previstos por la ley) expreso pero dudoso y no a la *integración* de lo que se asuma como una laguna.

La interpretación se prohíbe para salvaguardar la voluntad del legislador expresada defectuosamente en un texto legal. La integración se permite, es más, se ordena para garantizar la completud o suficiencia del código y evitar la heterointegración del mismo con el derecho que éste pretende sustituir.

De esta forma, ya en el primer intento codificador, en el denominado *Project des Corporis Iuris Fridericiani* de Samuel von Cocceji, lo prohibido es la interpretación judicial del *casus dubius*, pero no, en cambio, la integración analógica de la laguna legal (16). El *casus dubius* debía ser remitido al *Departament der Justiz-Sachen* quien decidiría publicando ulteriormente y con periodicidad anual sus resoluciones

(13) *Kabinettdordre* de 14-4-1780. HATTENHAUER, *Einführung* (n. 1), 19.

(14) HATTENHAUER, *Einführung* (n. 1), 21-22.

(15) *Inwiefern können und müssen Gesetze kurz sein?* (n. 6), 627 y ss.

(16) «Wie denn auch keinem Richter freistehen soll, dieses Landrecht, wann es zweifelhaftig zu sein scheint, zu interpretieren oder argumentis legis allerhand Exceptiones, Limitationes, und Ampliationes nach befallen und öfters ex aequitate cerebrina zu fingieren. Wann aber eadem ratio legis vorhanden, so verstehet sich von selbst,

(Parte I, Lib. I, Tít. II, párrafo 8). Esta acabaría por ser la solución adoptada por el ALR de 1794. Sin embargo, la evolución no fue lineal. Cuando después de casi treinta años de interrupción se reanudó en 1780 el programa codificador, las propuestas iniciales fueron más radicales.

El Proyecto de 1784-1788 —*Entwurf eines allgemeinen Gesetzbuches für die Preussischen Staaten* (17)— prohibía al juez, en la línea de la Kabinettsorder de 14-4-1780, atribuir otro sentido al texto legal «der nicht durch die Worte, den Zusammenhang, und Gegenstand des Gesetzes deutlich bestimmt ist» [«que el que claramente está determinado por las palabras, el contexto y el objeto de la ley»] (*Einleitung*, párrafo 35). Ante el *casus dubius* el juez debe solicitar de la Comisión Legislativa una declaración del sentido de la ley dudosa (párrafo 36: «Findet der Richter den Sinn des Gesetzes zweifelhaft, so muss er vor Abfassung des Urtheils die Erklärung der Gesetzcommission einholen») [«Si el juez cree que el sentido de la ley es dudoso, debe pedir la aclaración de la Comisión Legislativa antes de redactar la sentencia»]. Esta tendría en su caso valor general (párrafo 37) (18). Sólo hay, por tanto, una alusión a la regla de la interpretación literal y ninguna a la analogía o a la *ratio legis*.

El proyecto sintonizaba con las críticas ilustradas a la arbitrariedad que conlleva el recurso a la *ratio legis* y al desarrollo del derecho escrito mediante el uso de la analogía. Beccaria había enseñado en 1764 que la autoridad de interpretar las leyes no podía residir en los jueces pues éstos no son legisladores. Presupuesto de esta crítica es la identificación entre interpretación en sentido estricto y legislación. Concretamente, la crítica se dirigía contra la posibilidad de acudir al espíritu de la ley:

«No hay cosa tan peligrosa como aquel axioma común que propone por necesario consultar el espíritu de la ley» (19).

dass es zu dem Amt eines ordentlichen Richters gehöret, die Gesetze auf alle Fälle, wo eadem ratio militiert, zu appliciren und zu extendieren, weil es ohnmöglich ist, alle Special-Casus anzuführen und zu decidieren.»

Parte I, Lib. I, Tít. II, Parágrafo 70 (SCHOTT, «*Rechtsgrundsätze*» (n. 1), 37).

El proyecto prohibía también la interpretación doctrinal (Parte I, Lib. I, Tít. II, Parágrafo 10) para evitar que los comentaristas «a los que muchas veces es desconocida la *ratio legis*» disputen innecesariamente. (Ibid. nota 85).

(17) *Erster Theil*. Berlin und Leipzig. Bei George Jacob Decker, 1784.

(18) Reglas análogas se encuentran en la Ordenanza de los Tribunales, *Allgemeine Gerichtsordnung* de 1783, Cfr. SCHOTT, «*Rechtsgrundsätze*» (n. 1), 39.

(19) CESARE BECCARIA, *De los delitos y de las penas* (VOLTAIRE, *Comentario al libro. De los delitos y de las penas*). Traducción española de Juan Antonio de las Casas. Introducción, Apéndice («Beccaria en España») y notas de Juan Antonio del Val. Madrid, Alianza Editorial, 1968, Cap. 4, 32.

Con harta sensatez había anticipado una tesis realista:

«El espíritu de la ley sería ... la resulta de la buena o mala lógica de un juez, de su buena o mala digestión...» (20).

Para concluir afirmando que si el entendimiento literal de las leyes trae inconvenientes, incomparablemente mayores son los que resultan de la interpretación según el espíritu de la ley. Aquéllos pueden remediarse mejorando la precisión de la legislación, redactando «un código fijo de leyes que se deben observar a la letra» (21). Con ello se conseguiría anular en cierta manera —como había enseñado Montesquieu— las facultades del juez:

«El código, no deja más facultad al juez que la de examinar y juzgar en las acciones de los ciudadanos si son o no conforme a la ley escrita...» (22).

El Proyecto estaba en esta línea como otros textos de la legislación prusiana de principios de aquella década. Pero es importante destacar que esta *reductio ad litteram* de la interpretación se oponía radicalmente a la doctrina dominante en materia de interpretación del último tercio del siglo XVIII alemán.

La doctrina acogía un canon de interpretación que, con denominación hoy perturbadora, se llamaba de la *interpretación lógica* (*logische Auslegung; interpretatio dialectica*). La interpretación lógica estaba dirigida a la *corrección* (*extensio, restrictio*) del texto de la ley en función de su espíritu (*Geist*) o fundamento (*Grund; ratio*): en el siglo XVIII, la intención o finalidad pretendida por el legislador.

Con matices de detalle la idea de interpretación lógica está presente en toda la doctrina contemporánea e inmediatamente posterior a los textos de la codificación prusiana de los últimos veinte años del siglo XVIII (23).

En ese contexto el Proyecto de 1784-1788 que no hacía mención al canon de la interpretación lógica, permaneciendo aferrado al de la interpretación literal, estaba al margen de la doctrina imperante en su tiempo.

Como es sabido, el texto del Proyecto fue publicado y sometido al dictamen de los juristas más prominentes de su época, que escribieron

(20) *De los delitos y de las penas* (n. 19). Cap. 4, 32.

(21) *Ibidem*.

(22) *Ibidem*.

(23) Un buen resumen de las opiniones más conocidas puede verse en HANS-ULRICH STÜHLER, *Die Diskussion um die Erneuerung der Rechtswissenschaft von 1780-1815* (Schriften zur Rechtsgeschichte. Heft 15). Berlín. Duncker und Humblot, 1978, 126 (para Johann Friedrich Reitemeier), 132 (Gottlieb Hufeland), 158 (Karlo Salomo von Zachariä) y 192 (Anton Friedrich Justus Thibaut). V. además: FRIEDRICH GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, I. Traducción italiana de Contardo Ferrini. Milano, Società Editrice Librai. S.a. 159 y ss., y allí amplias citas. CHRIST, HENR, ECKHARDT, *Hermeneutica Iuris*. Lipsiae. Apud haeredes Widmanii Reich, 1779, libro I, 15 y XXXIII, 24 y ss. FRANZ SCHOEMANN, *Handbuch des Civilrechts. Erster Band*. Giesen und Wetzler. Bei Tasché und Müller, 1806, 65 y ss.

hasta medio centenar de los denominados *monita* (24). Sin embargo, la historiografía jurídica germánica está de acuerdo en afirmar que la crítica más relevante en tema de interpretación resultó ser una que no había sido solicitada: la de Johann Georg Schlosser, cuñado de Goethe, frustrado colaborador del Proyecto y alto funcionario de Baden (25).

Schlosser (1739-1799) escribió sus famosas *Cartas sobre la Legislación* de forma independiente (26). Pese a que en ocasiones se ha llegado a considerar a este autor como poco menos que un anticipador de Savigny, lo cierto es que, de hecho, su idea del Derecho o de la función judicial no era muy distinta a la patrocinada por los redactores del Proyecto. Así, su concepción de la labor judicial de subsunción constituye todo un ejemplo de escuela (27): La ley y la sentencia, decía, no son más que proposiciones lógicas. Toda proposición lógica incluye un *sujeto* (un *genus* una *species* o un *individuum*) y una *cualidad* que se *niega* o *afirma* de ese sujeto (predicado).

En las proposiciones legales —en las leyes— el sujeto siempre es un *genus* o una *species*, mientras que en las proposiciones judiciales —en las sentencias— siempre es un *individuum*. La labor de juzgar consiste por eso en buscar a qué *genus* o *species* legales pertenece el caso litigioso para atribuirle la cualidad que la ley predica de ese sujeto.

Ahora bien, añadía Schlosser, hay una serie de casos en los que la regla de la interpretación literal —que es la única conocida por el Proyecto— resulta absolutamente insuficiente; en ellos la labor judicial de aplicación del Derecho es imposible si no se permite al juez acudir al *fundamento* de la ley, es decir, a la interpretación lógica.

Eso sucede, en primer lugar, cuando el juez no encuentra ningún *genus* o *species* bajo los que pueda subsumir el caso (*laguna*). Entonces se le tiene que ofrecer un criterio para saber si puede o no abstraer

(24) HATTENHAUER, *Einführung* (n. 1), 21.

(25) Sobre esto v. THIEME, «*Die Preussische Kodifikation*» (n. 1), 397-398; WOLF, *Grosse Rechtsdenker* (n. 6), 449; WAGNER, *Die Wissenschaft* (n. 1), 123, nota 18. SCHOTT, «*Rechtsgrundsätze*» (n. 1), 40-42, ampliamente.

(26) *Briefe über die Gesetzgebung überhaupt und den Entwurf des preussischen Gesetzbuch insbesondere*. Frankfurt. Im Verlag bei Johann Georg Fleischer, 1789.

(27) «Ich sehe die Gesetze an wie die platonischen Ideen, die eine ideal Existenz haben: die Richtersprüche, wie die plastische Natur, welche diesen Idealen die reale Existenz giebt. Soll die real existierenden Dinge, ihren Idealen gleichen. Also ist ganz unleugbar, dass der Richter die Ideale nicht, weder eigenmächtig ändern, noch bei seiner Schöpfung andere Formen der Individuen hervorbringen kann, als solche, welche dem Modell gemäss sind...» «... jedes Gesetz nichts ist, als ein logischer Satz, in welchem oft das Prädicat im Sinn behalten wird. Jeder logischer Satz enthält, ein Genus, Spezies oder Individuum, das ist sein Subject; und eine Eigenschaft des Subjects, entweder bejahend oder verneinend, das ist das Prädicat. Die Gesetze haben immer nur Spezies oder Genera zum Subject; die Urtheilsprüche immer nur Individua. Wenn also der Richter spricht so hat er nichts zu thun, als zu suchen, unter welches Genus oder Species sein Fall gehört, und hat er das gefunden; so giebt er ihm auch noch die Eigenschaft, welche das Gesetz, mit diesem Genus oder Spezies verbunden haben will...» *Briefe* (n. 26), 201-202.

una regla general a partir de otras particulares dictadas para resolver casos análogos. Y este criterio se lo ofrece sólo el *Grund des Gesetzes*.

Lo mismo ocurría en el caso de *antinomia*, pues sólo el *Grund* o *ratio* de la ley le dará una pista sobre cuál de las disposiciones en conflicto procede aplicar. Igualmente, en los casos perplejos que lo son porque en ciertos aspectos son subsumibles en un *genus* o *species legales* pero que en otros no lo son o, finalmente, cuando la ley se refiere sólo a un supuesto específico pero su espíritu o fundamento alcanza a todo un *genus* (supuesto este coincidente con el primero).

Para todos estos supuestos (28) proponía Schlosser que se confiara al estamento judicial la posibilidad de atender «auf den nächsten Grund des Gesetzes» [al más inmediato fundamento de la ley] (29) censurando acremente las propuestas literalistas de Beccaria, a las que calificaba como una «vana esperanza» (30): El intento ilustrado de Beccaria tendente a eliminar la interpretación (lógica) mediante una legislación precisa sólo podía llevar, según Schlosser, a una montaña inmensa de legislación casuista, complicada y forzosamente oscura por causa de su propia enormidad (31).

La crítica suponía un ataque frontal a la doctrina ilustrada de la legislación y una recuperación de las doctrinas interpretativas de la tradición del Derecho común: lo que la doctrina alemana contemporánea del Proyecto llamaba «interpretación lógica» no era más que una reformulación de la vieja doctrina medieval sobre el tema. Cuando esta última trataba de la discrepancia entre *verba* y *sententia legum* postulaba una pluralidad de criterios y razonamientos tanto para identificar la existencia de la discrepancia como su alcance: los casos en los que las palabras de la ley dicen lo mismo, más o menos que su *sententia* o espíritu (ahora identificado con la intención del legislador). Se trata en suma de la antigua distinción entre interpretación *declarativa*, *restrictiva* y *extensiva* de la escolástica medieval que repetían en sede de interpretación lógica los contemporáneos de Schlosser (32).

Así entendida, la *logische Auslegung* nada tiene que ver con el sentido de 'lógica' que usan hoy los lógicos sino con los procedimientos argumentativos de carácter retórico conocidos y practicados desde la recepción para llegar a racionalizar la *declaratio*, *extensio* o *restrictio verborum* con base en la *ratio*, *fundamento* o *espíritu* de la ley.

(28) *Briefe* (n. 26), 202 y ss.

(29) *Ibidem*, 211.

(30) *Ibidem*, 208.

(31) *Ibidem*, 208.

(32) Así, por ejemplo, Glück, *Commentario* (n. 23). Parágrafo 36, 199-200. Para la correlación entre el espíritu de la ley y el tema —distinto— de la *aequitas scripta* y *non scripta* hay que estar al análisis de SCHOTT, «*Rechtsgrundsätze*», 59 y ss.

3.2. *La regulación de la aplicación judicial del Derecho en el ALR de 1794.*

3.2.1. Svarez y Carmer: Una concepción dualista del ordenamiento jurídico.

Los reformadores del Derecho prusiano, el canciller von Carmer, Svarez y Klein estaban indudablemente influidos por el iusracionalismo de la escuela de Christian Wolf (1679-1754) (33) pero en manera alguna se les puede considerar como wolfianos de estricta obediencia (34). De hecho, el programa legislativo de Carmer o de Svarez encaja más bien en el Derecho natural tardío y particular —prusiano— que en el iusracionalismo más o menos atemporal y universal de Wolf. Se pensaba en un Derecho natural pasado por un doble y desconfiado tamiz: en el ALR se controlarán no sólo los principios naturales atendibles (los admitidos por el Derecho positivo) sino también el conjunto de reglas de derivación *sensu amplissimo* de normas a partir de los principios recibidos por el legislador positivo (35).

Con todo y eso, la idea de un código (parcialmente) racional estaba presente en los autores citados siquiera fuera de manera harto especial. Así, en el trabajo de Svarez sobre la brevedad y claridad de las leyes al que se hizo referencia en el epígrafe anterior, el autor no proponía que el Código general tuviera que reproducir «la montaña de leyes de la antigua legislación». Por el contrario, aquélla podía reducirse.

«... wenn man sich bemüht, die für eine Menge von einzelnen Fällen gegebenen Vorschriften auf gewisse allgemeine Grundsätze zurückzuführen; wenn man diese Grundsätze so bestimmt, fruchtbar und reichhaltig zu bilden sucht, dass daraus mit Hilfe seiner blossen natürlichen Logik sichere und zuverlässige Folgerungen für die einzelnen Fälle hergeleitet werden können; wenn man das, was nach den Begriffen eines richtigen gesunden Menschenverstandens, aus der Natur einer gewissen Art von Geschäften oder Verhältnissen folgt nicht ohne die äusserste Not durch positive Bestimmungen verändert...» (36). [«Si se intenta reconducir las disposiciones dadas para un conjunto de casos particulares a ciertos principios generales; si se procura formular esos principios de forma tan completa, precisa y fecunda que resulte posible derivar conclusiones seguras y adecuadas para los casos concretos mediante la ayuda de su pura y simple lógica natural; si aquello que sigue del concepto de un sano y correcto entendimiento humano o de la naturaleza de una

(33) HATTENHAUER, *Einführung* (n. 1), 14 y ss.

(34) Ampliamente: THIEME. «*Die preussische Kodifikation*» (n. 1), 365 y ss.

(35) SVAREZ había señalado «... dass jeder Mensch, dass heisst auch jeder Richter seine eigne Logik habe». THIEME, «*Die preussische Kodifikation*» (n. 1), 365.

(36) *Inwiefern können und müssen Gesetz kurz sein?* (n. 6), 628-629.

precisa clase de negocios o relaciones no se modifica mediante disposiciones positivas salvo en caso de máxima necesidad...»].

Todas las disposiciones del Código podían formularse con la precisión suficiente para evitar o reducir a un mínimo el arbitrio judicial. Pero el Código no podría ser completo en el sentido de formular explícitamente una regla para todos los casos que en la realidad se irían presentando ante el juez. El texto legal codificaría fundamental y mayoritariamente principios generales; con la ayuda de éstos y de la naturaleza de las cosas y del negocio, el juez decidiría mediante una lógica natural, argumentando según correctas reglas filosóficas.

Pero además el Código contendría disposiciones solamente positivas al margen o en contra de lo anterior. En esos casos la precisión en la formulación de la regla sólo positiva marginaría los problemas tradicionales de la interpretación. Lo que no cubriera la razón, lo cubriría la precisión del mandato legal. El Código, añadía Svarez:

«... muss für alle Geschäfte und Verhältnisse des bürgerlichen Lebens in der möglichst grössten Vollständigkeit Vorschriften und Regeln enthalten, die für alle vorkommenden Fälle, zwar nicht wörtlich (denn das hiesse Unmöglichkeit fordern), aber doch vermöge einer nach richtigen philosophischen Regeln sich bestimmenden Schlussfolge sichere und gleichförmige Entscheidungen an die Hand geben. Besonders muss darin alles Positive, das heisst, alles, was nicht aus der Natur der Sache und des Geschäftes erkannt werden kann, sondern was der Gesetzgeber aus gewissen andern Rücksichten hinzuzufügen nötig findet, so deutlich und ausführlich vorgetragen sein, dass dabei der Willkür des Richters so wenig, als es irgend möglich ist, Raum gelassen werde» (37). [«... tiene que contener con la máxima completud posible disposiciones y reglas para todos los negocios y relaciones de la vida civil que, si no literalmente (pues esto sería exigir lo imposible), sí ofreciera por lo menos, mediante deducciones determinadas según correctas reglas filosóficas, soluciones seguras e idénticas para todos los casos que se presentaran. En particular, todo lo que es positivo, es decir, todo lo que no puede descubrirse a partir de la naturaleza de las cosas y del negocio, sino que es añadido por el legislador en atención a consideraciones de otro orden, debería ser formulado con tal claridad y detalle que dejara tan poco espacio al arbitrio del juez como fuera posible...»].

En el texto de Svarez hay dos concepciones distintas y difíciles de conciliar entre sí del ordenamiento jurídico y de la actividad judicial. El ordenamiento se concibe a la vez *estática* y *dinámica* (en el sentido que estas expresiones tienen en el Capítulo V de la *Reine*

(37) *Ibidem*, 629.

Rechtslehre) con la particularidad de que luego se pretenden anular las virtualidades creativas de derecho que los sistemas dinámicos permiten al juez.

Además de lo anterior, que ya de por sí sólo plantea serias dificultades, parece suponerse que el ordenamiento es, también simultáneamente, *completo* (en cuanto natural, positivado o no) e *incompleto* (en cuanto sólo positivo y, por lo tanto, no natural). Esto último resulta ya más que problemático: es contradictorio. En efecto.

i) Por una parte se concibe el ordenamiento como un sistema deductivo, estático y, además, completo: A partir de los principios generales admitidos por el Código y de la naturaleza de las cosas o del negocio se infieren lógicamente las reglas necesarias para garantizar algo así como una completud o suficiencia razonables. En el marco de este sistema que cabe denominar como *sistema natural* el juez realiza una actividad fundamentalmente racional: deduce la regla aplicable al caso mediante una operación (que se presenta como) puramente lógica ya sea a partir de normas formuladas (los principios), ya sea a partir de otras entidades que tal vez no son normas (la naturaleza de las cosas) pero evidentemente existentes (38). Ahora bien, esta actividad judicial que se considera como un desarrollo racional del Derecho a partir del propio Derecho y de algo que quizá no es Derecho no siempre resulta posible, pues

ii) al sistema anterior se añade otro no completo y que quizá tampoco es estático: Existen una serie de normas sólo positivas o que, por lo menos, están al margen de la naturaleza de las cosas («was nicht aus der Natur der Sache und des Geschäftes erkannt werden kann...»). Svarez se guarda, con todo, de decir que también estén al margen del Derecho natural). Estas se incluyen en el Código «en virtud de otras determinadas consideraciones» («aus gewissen andern Rücksichten») y con respecto a este segundo sistema de normas el discurso de Svarez cambia radicalmente de tono: Si antes hablaba de la clara posibilidad de que el juez desarrollara racionalmente el Derecho deduciendo de los principios y de la naturaleza de las cosas nuevas reglas aplicables a cada caso litigioso, ahora desaparece toda alusión al desenvolvimiento lógico del Derecho. Cuando Svarez se refiere al segundo sistema lo que aparece es la preocupación exclusiva por la precisión del mandato legislativo y la eliminación del arbitrio judicial. Da la impresión de que se ha pasado de concebir estáticamente el ordenamiento jurídico a pensarlo como dinámico con la peculiaridad, típicamente ilustrada, de que la precisión de la legislación anula prácticamente todo espacio posible para el arbitrio judicial (39): En el marco del segundo sistema el juez no razona, obedece.

En el epígrafe 3.2.3 veremos que Svarez, como todos los juristas

(38) Por supuesto, Kelsen no aceptaba que la evidencia fuera criterio de existencia o validez de una norma jurídica. Pero eso es aquí irrelevante.

(39) Kelsen tampoco aceptaba esta última posibilidad: la correlación entre la norma superior y la sentencia judicial nunca es completa, pues, como decía, el significado lingüístico de la norma no es unívoco. Véase el último —el octavo— capítulo de la *Reine Rechtslehre*.

de su época, entendía ingenuamente que un Código de leyes positivas sólo sería completo si regulara todos los casos *imaginables* en la realidad. A partir de esa concepción es obvio que concluyeran que ningún código podía gozar de tamaña propiedad. Por eso y frente a lo que consideraban como un problema insoluble Svarez o Carmer echarán mano del Derecho natural para completar el sistema positivo. Así, por ejemplo, el último de los autores citados escribiría pocos meses antes de la promulgación del ALR:

«Dass es nicht möglich ist, für alle einzelnen Fälle Gesetzen zu geben, und dass nur allzu oft Handlungen und Umstände eintreten, die nicht nach positiven Vorschriften, sondern nur nach richtigen Herleitungen und aus Begriffen und Principiis oder nach Analogie beurtheilt und entschieden werden müssen, ist freilich wahr, und beweiset die Eingeschränktheit und Unvollkommenheit aller Menschlichen Einrichtungen...» (40). [«Que no es posible dar leyes para todos los casos particulares y que demasiadas veces se presentan actos y circunstancias que no deben ser juzgados y decididos conforme a preceptos positivos, sino sólo de acuerdo con deducciones correctas y partiendo de conceptos y principios o bien según la analogía, es evidentemente cierto, y ello es prueba de lo limitado e incompleto de todas las instituciones humanas...»].

Pero, añadía Carmer, de la afirmación de que la legislación no puede hacerlo todo no se sigue que no pueda hacer nada: la *deducción* de algunas reglas a partir de los principios, la *inducción* de otras a partir de los negocios más acostumbrados de la vida civil y la derivación de unas terceras gracias al *argumento analógico* a partir de una legislación bien hecha resuelven la mayor parte de los problemas (41).

Ahora bien el autor tenía una confianza descriptible en lógicas tan ricas y variadas. Su iustracionalismo era más bien limitado: Carmer no tenía fe en un *modus arguendi* universalmente válido para las decisiones judiciales. Hay muchas maneras de razonar, venía a decir, y de entre todas las posibles, corresponde al legislador de cada Estado la que considere más adecuada para que el juez haga uso precisamente de esa y no de otra:

«Der Gesetzgeber kann freilich niemanden vorschreiben: wie er über rechtliche Gegenstände raisonnieren solle; aber er kann und muss bestimmen: welches von diesen verschiedenen möglichen Raisonnements in seinem Staate für richtig und allgemein geltend angenommen werden solle...» (42). [«Ciertamente, el legislador no puede prescribir a nadie

(40) Carta al ministro de Justicia Von Danckelmann, fechada a 8-11-1793, publicada en el Apéndice que incluyó Thieme en «Die preussische Kodifikation» (n. 1), 421.

(41) *Ibidem.*

(42) *Ibidem.*

cómo debe razonar sobre temas jurídicos; pero lo que sí puede y tiene que determinar es cuál de estos diferentes razonamientos posibles debe considerarse como correcto y generalmente válido en su Estado...»].

No sólo, por lo tanto, un Derecho natural prusiano, sino además una lógica prusiana.

En síntesis, en el texto de Svarez se dan cita dos concepciones del ordenamiento jurídico que, pese a ciertas ambigüedades, son distintas y están bastante bien diferenciadas: de una parte está el sistema natural. Su composición es ciertamente heterogénea pero, en todo caso, es calificado como un sistema deductivo y completo. La actividad judicial de aplicación del Derecho es ahí una actividad racional, puramente cognoscitiva que va desenvolviendo el Derecho mediante razonamientos lógicos. Pero, por otra parte, está el otro sistema, de naturaleza distinta al anterior y, además, incompleto. Formado por un conjunto de decisiones del legislador positivo que parecen estar al margen del sistema natural, surge la necesidad de controlar las decisiones judiciales que aplican las normas que lo componen: Faltas aquí del auxilio de la lógica, podrían resultar fatalmente creadoras de nuevo Derecho. Eso no puede ser pues se asume que el único legislador es el soberano. Para evitarlo se arbitrará un remedio: la formulación precisa, máximamente precisa, de los mandatos del legislador positivo. A partir de ahí cabrá prohibir la interpretación en sentido estricto y remitir al legislador o a alguna autoridad por él delegada la solución de los pocos casos dudosos que puedan haberse deslizado ocasionalmente en una legislación que se supone generalmente precisa y exacta

La ilación entre el sistema natural y el positivo no parece ser la de la conjunción sino la de la subsidiariedad. Con ello se intentan obviar las dificultades que conlleva la duplicidad de sistemas: El juez aplicará el código discriminando en él las normas a partir de las cuales puede razonar y deducir otras de aquéllas que simplemente ha de obedecer. Una parte del Derecho es desarrollado lógicamente, otra se sigue al pie de la letra. Por un lado, el juez desenvuelve racionalmente la ley. Por el otro, la obedece ciegame.

En cambio, en el texto de Carmer los dos sistemas aparecen fundidos o, quizá ya, confundidos y además, se explicita que el legislador positivo hace algo más que recibir y seleccionar principios naturales (y dictar normas puramente positivas): escoge de entre las lógicas disponibles la más adecuada (43).

(43) En la exposición del texto la expresión «sistema» se ha usado, con generosidad, en sentidos muy diferentes. Dado que alternativa o cumulativamente el sistema está formado por entidades ideales o materiales o por entidades materiales que se consideran como proposiciones (cfr. la nota 27), por normas codificadas unas y por otras que quizá no lo están o que se consideran como entidades distintas a las normas, por textos legales que recogen todo o parte de lo anterior, por todo lo que se deriva de lo anterior a través de distintas lógicas materiales, salvo que el Soberano lo haya prohibido, etc., etc., hay que concluir que el único sentido común a «sistema de normas» es «amasijo de cosas». Y debe hacerse la precisión ulterior de que muchas de

Las reglas sobre interpretación judicial del ALR recogerán la doble concepción de Svarez y la crítica de Schlosser (44):

a) El parágrafo 46 de la Introducción aferra al juez al sentido que claramente resulte de *las palabras de la ley* y de su contexto en relación con el caso litigioso, o bien al que derive *del más inmediato e indudable fundamento de la ley*:

«Bey der Entscheidungen streitiger Rechtsfälle darf der Richter den Gesetzen keinen andern Sinn beylegen, als welcher aus den Worten, und dem Zusammenhange derselben, in Beziehung auf den streitigen Gegenstand, oder aus dem nächsten unzweifelhaften Grunde des Gesetzes, deutlich erhellet». (*Einleitung, parágrafo 46*). [«En las decisiones de los casos jurídicos litigiosos, el juez no puede atribuir a las leyes otro sentido que el que resulta claramente de las palabras y de su contexto en relación con el caso litigioso o del más inmediato e indudable fundamento de la ley»].

El carácter cognoscitivo de la interpretación del Derecho se pretende así garantizar mediante dos criterios: la regla de la interpretación literal y la de la interpretación lógica.

Y si ni una ni otra permiten averiguar el sentido de la ley, estamos ante un *defecto de la ley*, ante una ley dudosa, oscura. El juez no debe resolver sino que tiene que elevar la duda a la Comisión Legislativa a fin de que ésta resuelva lo procedente:

«Findet der Richter den eigentlichen Sinn des Gesetzes zweifelhaft, so muss er, ohne die prozessführenden Parteyen zu bennennen, seine Zweifel der Gesetzcommission anzeigen, und auf deren Beurtheilung antragen» (*Einleitung, parágrafo 47*). [«Si el juez cree que el sentido propio de la ley es dudoso, entonces debe, sin mencionar a las partes litigantes, comunicar su duda a la Comisión Legislativa y aceptar su decisión»].

«Der anfragende Richter ist zwar schuldig, den Beschluss der Gesetzcommission bey seinem folgenden Erkenntniss in dieser Sache zum Grunde zu legen; den Parteyen bleiben aber die gewöhnlichen Rechtsmittel dagegen unbenommen» (*Ibid., parágrafo 48*). [«El juez que realiza la consulta debe, en el examen posterior de la causa, utilizar como fundamento la resolución de la Comisión Legislativa. Pero no por ello pierden las partes los recursos habituales»].

estas cosas no han existido jamás. Sobre el tema véase EUGENIO BULYGIN, *Logische Fragen der Gesetzgebungstechnik*, en Jürgen Rüdig (Hrsg.), *Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung*. Berlín-Heidelberg-New York. Springer Verlag, 1976, 612 y ss.

(44) Ya en el segundo Proyecto: *Allgemeines Gesetzbuch für die Preussischen Staaten. Erster Theil*. Berlín. Gedruckt in der Königl. Hofbuchdruckerey, 1791. *Einleitung*. Parágrafos 50 y ss. No hay cambios posteriores.

b) Por otra parte, el parágrafo 49 supone que el Código es completo: Si el juez no encuentra ley aplicable al caso, puede y debe decidir conforme a los *principios generales admitidos por el Código y la aplicación analógica de sus disposiciones*. No hay aquí defecto de la ley sino *defecto de ley* (formulada):

«Findet der Richter kein Gesetz, welches zur Entscheidung des streitigen Falles dienen könnte, so muss er zwar nach den in dem Gesetzbuche angenommenen allgemeinen Grundsätzen, und nach den wegen ähnlicher Fälle vorhandenen Verordnungen, seiner bester Einsicht gemäss, erkennen». [«Si el juez no encuentra ninguna ley que pueda servir para la decisión del caso litigioso, debe entonces fallar según los principios generales aceptados por el Código y conforme a las disposiciones existentes para casos análogos de acuerdo con su mejor juicio»].

En este caso, el juez debe comunicar al *Chef der Justiz* el supuesto defecto. De dictarse por esa razón una nueva ley, ésta carecerá de efectos retroactivos:

«Er muss aber zugleich diesen vermeintlichen Mangel der Gesetze dem Chef der Justiz so fort anzeigen» (Ibid., parágrafo 50). [«Pero al mismo tiempo debe comunicar sin tardanza alguna la supuesta ausencia de ley al *Chef der Justiz*»].

«Sollte durch dergleichen Anzeige in der Folge ein neues Gesetz veranlasst werden, so kann dasselbe doch auf die vorher schon gültig vollzogenen Handlungen keinen Einfluss haben» (Ibid., parágrafo 51). [«Si como consecuencia de la anterior comunicación, se dictara una nueva ley, ésta carecería de todo efecto sobre los actos válidamente realizados con anterioridad»].

Base de la distinción entre el defecto de la ley y el defecto de ley es la suposición tácita de que el juez conoce siempre si hay una ley aplicable al caso litigioso pero que puede no conocer lo que dice la ley aplicable. El *casus dubius* sólo puede ser entendido de esta forma pues en otro caso el doble sistema previsto por la regulación citada no podía operar. La suposición de que el juez puede saber sin saber es la primera dificultad, si no la primera posible contradicción, del modelo de regulación de la aplicación del Derecho en el ALR.

3.2.2. La regla del parágrafo 46 de la Introducción del ALR: La letra y el fundamento de la ley.

El parágrafo 46 de la Introducción del ALR recogía una versión muy moderada de la regla de la interpretación literal, pues no se limitaba a considerar ni sólo las *palabras* legales ni sólo las *palabras de la ley*. El contexto extralingüístico (y, por ende, extralegal: el caso

litigioso) se tenía en cuenta como elemento de interpretación. Únicamente con estos matices cabe decir que el Código era literalista.

Pero una regla literalista de la interpretación no garantiza la supresión del *casus dubius*.

Por una parte, la regla de la interpretación gramatical está asociada a una concepción errónea del significado conforme a la cual si un enunciado o un conjunto de enunciados formulados en un lenguaje natural que incluye una serie de términos técnicos, como es el lenguaje jurídico, se expresan con claridad, entonces el sentido de éstos será máximamente preciso, ni vago ni ambiguo.

Se suponía que bastaba en la práctica con escoger cuidadosamente las expresiones adecuadas para que su *significado literal* manifestara inequívocamente la voluntad del legislador (45). Más es sabido que los

(45) Desde LUKAS, *Zur Lehre vom Willen des Gesetzgebers* (n. 1), 399 y ss., se distingue en el marco de la doctrina de la voluntad del legislador entre el *Wille zur Gesetzform* y el *Wille zum Gesetzinhalt*. El primero se refiere a la forma o configuración del texto legal tal y como se promulga haciéndolo público a la colectividad. El segundo se refiere a las representaciones que la o las personas que actuaron como legisladores se hicieron del «contenido» del texto legal. Pero resulta más adecuada para comprender la distinción que se recoge en el texto la doctrina de Doneau que Lukas, en cambio, criticaba (p. 399, nota 2):

DONEAU (*Commentariorum de Iure Civili* (n. 3), I, XIII, 1) fue, como ya se señaló, uno de los primeros autores modernos que formularon con precisión la doctrina de la voluntad del legislador: la ley no es lo que está escrito, sino lo que quiso el legislador. Ulteriormente distinguía entre *verba* («verba sunt quibus lex quaeque scripta est») y *sententia* (quod lex ex verbis sentire, et velle intellegitur). Como señala Lukas, la distinción verba-sententia no se corresponde con la que él establece entre «textliche Form» y «gedanklicher Inhalt» (literalmente: forma textual y contenido conceptual o de pensamiento), pues en Doneau el *significado literal* cae del lado de los *verba* y por eso construye una doctrina tradicional de la interpretación basada en la relación de coincidencia o discordancia entre los *verba* o significado literal y la *sententia legum* (recuérdese el conocido texto de Celso: D. 1,3,17 [16]).

La doctrina expuesta por Doneau expresa con mayor claridad que la de Lukas la distinción que media, en el marco de la doctrina de voluntad del legislador, entre la interpretación en sentido amplio y la interpretación en sentido estricto de la ley: Quien realiza la primera actividad trabaja sólo con los *verba legum*, con el significado literal del texto leído. La interpretación en sentido estricto comienza cuando los *verba legum* esconden varias posibles *sententiae* y no se sabe en principio cuál de ellas refleja la voluntad del legislador, es decir, cuando hay motivos para pensar que el significado literal no reproduce adecuadamente esa voluntad. Es esa última actividad la que los legisladores del Despotismo Ilustrado trataban de excluir o, al menos, de limitar. No, en cambio, la primera.

La distinción de Lukas refleja algo distinto: la diferencia que media entre la doctrina *diezyochesca* conforme a la cual el intérprete ha de atender al *Wille zum Gesetzinhalt* y la doctrina dominante en Alemania a partir del último tercio del siglo XIX (Laband, Kohler, Von Bülow, etc.), según la cual la única voluntad relevante a averiguar era el denominado *Wille zur Gesetzform*, sin que el intérprete tuviera porqué entretenerse en averiguar el peculiar sentido que habían atribuido al texto legal los individuos que cabe calificar como legisladores (los parlamentarios, por ejemplo).

Ello refleja el tránsito de una doctrina «subjetiva» a una «objetiva» de

lenguajes naturales no permiten semejante precisión. Una cierta exactitud sólo resultará posible en el contexto de una teoría formalizada y un máximo de exactitud sólo lo es en matemáticas (46).

Además ya se ha señalado que los problemas de precisión no son únicamente problemas semánticos. Se trata fundamentalmente de cuestiones pragmáticas. La explicación de por qué jueces distintos, en situaciones también distintas, entienden diversamente ocurrencias idénticas de un mismo enunciado legal no es una explicación semántica. Los legisladores de la Ilustración carecían (no menos que los actuales) de una teoría explicativa que pudiera permitir mejorar la precisión legislativa hasta el punto de poder instaurar como regla el recurso al legislador sin paralizar la administración de la justicia. El ALR, como otros códigos que lo siguieron, se limitaba a indicar que el juez debía decidir relacionando las palabras de la ley con el contexto extralingüístico en que había que tomar la decisión aunque, por supuesto, no especificaban la naturaleza de esa relación. Desde esta perspectiva, la regla de la interpretación gramatical no era útil para los fines propuestos.

Junto a la regla de la interpretación gramatical o literal, el ALR introducía el canon de la interpretación lógica. Con ello recogía, como ya se dijo, la crítica de Schlosser al primer proyecto y, a fin de cuentas, la doctrina contemporánea de la interpretación.

En el texto del párrafo 46 se intentaba, al menos, poner un límite a la interpretación lógica: el fundamento de la ley debía resultar clara e inmediatamente de su texto sin que, al parecer, fuera posible atender a circunstancias extralegales que manifestaran la voluntad del legislador.

Dando un paso más, la doctrina posterior al ALR acentuará esta exigencia en honor a un criterio moderno de seguridad jurídica (47).

la interpretación y se debe entre otras cosas al hecho de que no es insensato pensar que hay que averiguar cuál era la voluntad de tal o cual monarca absoluto. Pero es mucho más difícil realizar esa tarea cuando la legislación es obra de un colectivo (una asamblea electiva).

(46) Cfr. EUGENIO BULYGIN, «Sentenza giudiziaria e creazione di diritto». *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, XLIV, 1967, 164 y ss., 169. En general, v. MARIO BUNGE, *Treatise on Basic Philosophy. Volume 2. Semantics. II: Interpretation and Truth*. Dordrecht (Holland)-Boston (U. S. A.). D. Reidel, 1974, 53.

(47) Cfr. el párrafo 45 de la Introducción del ALR. La doctrina posterior acentúa esta exigencia, como se señala en el texto, en aras de la seguridad jurídica.

Así, por ejemplo, Franz Schoemann dirá en 1806:

«... die Pflicht des interpretirenden Richters [besteht] ausschliesslich in der Reconstruction des von der Gesetzgebung ausgesprochenen Gedanken, und der darin begriffenen verkündeten Regeln...» (*Handbuch* (n. 23), I, 79).

Y, en esa línea, hay que atender únicamente a la intención del legislador expresada en el texto legal y no a la que no se manifiesta en el mismo o al mero motivo (por oposición a la finalidad básica), aunque sea aludido en el mismo:

«Die möglichste Sicherheit der Rechte der Unterthanen ist Hauptzweck auf welchen eine gute Gesetzgebung mittelbar berechnet seyn muss:

Ulteriormente, juristas de talante liberal, como el gran civilista Anton Friedrich Justus Thibaut (1772-1840) acabarían proponiendo el abandono de la doctrina de la voluntad del legislador sugiriendo ya los rudimentos de una doctrina «objetiva» de la interpretación: en la interpretación lógica, decía Thibaut, hay que averiguar el fundamento objetivo de la ley: no lo que el legislador *quiso* decir sino lo que *debió* haber dicho dados los principios en los que su legislación se basa (48).

Mas la destrucción del canon de la interpretación lógica sería obra de un conservador: Savigny arrasaría en su obra madura con toda la construcción en el marco de su crítica general a las doctrinas iluministas de la interpretación. En abierto conflicto con éstas, las acusaba de negar el carácter cognoscitivo de la interpretación, que él postulaba, y de considerarla, por tanto, «no dentro de los límites de una pura y verdadera comprensión» del pensamiento de la ley sino como «una nueva conformación de la ley» (49). De hecho, en eso último llevaba razón pero se trata de algo que nunca habían negado algunos de los más lúcidos tratadistas de la interpretación lógica. Así, por ejemplo, Karl Salomo von Zachariä (1769-1843) había afirmado abiertamente que en el fondo la interpretación lógica era efectivamente legislación y que, por consiguiente, no debía estar autorizada más que a quien tuviera una delegación específica del legislador (50).

Pero para Savigny esto suponía convertir la excepción en regla: Toda la doctrina de la interpretación lógica tal y como la habían expuesto los autores que él criticaba —Zachariä, Eckhard o Thibaut— (51) era rechazable porque llevaba realmente a *corregir* el pensamiento de la ley en vez de a conocerlo y explicarlo. Según los cánones de la *logische Auslegung* había que tomar no la idea efectivamente expresada por la ley sino lo que ésta debía haber expresado según su fundamento. Para Savigny eso era algo que sólo está permitido al legislador (*interpretación auténtica*) y que está vedado al juez, pues supone rectificar la ley. El juez está ciertamente obligado a decidir

darum kann allein *die ausgesprochene Absicht des Gesetzgebers* gesetzliche Norm seyn, aber keineswegs der Beweggrund, wenn er gleichwohl ausgesprochen ist, und eine andere, etwa weitere oder enger Absicht des Gesetzgebers, als die vermittelst der *Sprachzeichen* ist, ahnen lassen dürfe.» (Ibídem, 84-85. La cursiva es del autor).

(48) «was der Gesetzgeber nach den Gründen, worauf seine Vorschrift beruht (ratio legis) sagen sollte» como algo distinto de aquello «was er durch die Worte gesagt hat (dem Wortverstande des Gesetzgebers)». *Theorie der logischen Auslegung des Römischen Rechts*. Mit einer Einleitung von Lutz Geldsetzer (Instrumenta Philosophica. Series Hermeneutica. II). Düsseldorf. Stein-Verlag Janssen und Co., 1966. Reproducción de la 2.ª edición Altona, 1806, parágrafo 2, p. 12 Cfr. con todo STÜHLER, *Die Diskussion* (n. 23), 191-192.

(49) *System des heutigen Römischen Rechts*. Neudruck der Ausgabe. Berlin, 1840. Scientia Verlag. Aalen, I, parágrafo 32, p. 211.

(50) *Versuch einer allgemeiner Hermeneutik des Rechts*. Meissen, 1805, 161 y ss., 318. Autor contra quien Savigny dirigía su crítica (cfr. el lugar citado en la nota anterior).

(51) *System* (n. 49), I. Parágrafo 50, p. 320, nota d y parágrafo 32, p. 211.

por oscura que resulte la ley, mas resuelve la oscuridad no legislando sino aplicando los cánones de la interpretación científica o doctrinal. Esta es la regla y la interpretación auténtica, la excepción. La doctrina iluminista había invertido el problema (52).

La crítica de Savigny no era desacertada, pero sus presupuestos suponían una regresión en relación al programa iusracionalista: éste había desenmascarado el carácter no exclusivamente cognoscitivo de Derecho de la interpretación y había intentado sin éxito garantizar la aplicación «mecánica» del Derecho mediante una política de renovación legislativa y reglas tales como la de la interpretación gramatical, la interpretación lógica y el recurso al legislador. El canon de la interpretación lógica se había asumido *in extremis* como un remedio a las insuficiencias del canon literal. Pero el remedio había sido peor que la enfermedad: con la interpretación lógica entraban en el Código todos los procedimientos argumentativos de la vieja doctrina del Derecho común. Los teóricos de la Ilustración desde Beccaria al civilista Zachariä reconocían que el recurso a la *ratio*, *Grund*, fundamento o espíritu de la ley contradecía las bases mismas del programa ilustrado, convertía a la decisión judicial en arbitrio, en algo que participaba de la naturaleza de la legislación. Beccaria podía pensar en 1764 que ese arbitrio podía ser evitado, pero medio siglo después, Zachariä ya no podía hacer otra cosa que negar esa posibilidad y confesar que el juez que interpretaba lógicamente la ley actuaba como un legislador.

Savigny puso al descubierto que esta última posición negaba los presupuestos mismos del programa codificador del Iluminismo pero, en medio de un verdadero asalto a la razón, su crítica tuvo éxito sólo a costa de oscurecer aquello que precisamente decía querer aclarar: el verdadero carácter de la interpretación (53). Savigny se limitaba ya a

(52) *System* (n. 49). Parágrafo 32, p. 209 y ss.

(53) En Savigny la interpretación lógica desaparece, deja de ser una clase de interpretación. El elemento «lógico», desvinculado de toda connotación relativa a la «ratio legis» pasa a ser uno de los conocidos cuatro elementos de la interpretación (*System* (n. 49), I. Parágrafo 33, p. 213 y ss.), doctrina ésta presente todavía en buena parte de la manualística contemporánea.

Sobre los orígenes de la doctrina de la interpretación de Savigny v. KARL LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 4. Auflage. Berlin-Heidelberg-New York. Springer Verlag, 1979, 12. En su temprano escrito sobre metodología jurídica (redactado durante el invierno de 1802-1803. *Metodología Jurídica*. Clásicos del Derecho y Ciencias Sociales. 2. Traducción de J. J. Santa-Pinter. Buenos Aires. Ediciones Depalma, 1979), el joven Savigny ya se había enfrentado con la doctrina tradicional de la interpretación en dos puntos:

1) Rechazaba la clasificación de la interpretación en *authentica*, *doctrinalis* y *usualis*, cuyos orígenes se remontan a los Glosadores (detalles en la primera parte de este trabajo, de próxima publicación). Savigny sostenía ya en esta época una de las tesis básicas de su doctrina posterior: *la verdadera interpretación es la doctrinal*. El legislador si se limita a interpretar la ley, *lo hace doctrinaliter*. Y si hace algo más, entonces actúa *como tal legislador*, pero no como intérprete (p. 12). Por su parte, *el juez se limita a reconocer las normas aplicables para tenerlas en cuenta en la decisión del caso litigioso* (p. 7).

postular el carácter *cognoscitivo* de la interpretación doctrinal. Pero sorprendentemente y en absoluta contradicción con esa afirmación de partida, defendía simultáneamente que la interpretación no puede ser una *teoría*: es un *arte* y no una *ciencia*. Como todas las artes y como ninguna ciencia es algo que a algunos les está dado captar pero que no se puede enseñar:

«... diese Kunst lässt sich eben so wenig, als irgend eine andere, durch Regeln mittheilen oder erwerben» (54). [«... este arte se deja transmitir y adquirir según reglas fijas en tan escasa medida como cualquier otro»].

Décadas después, en la síntesis final de la cultura del Pandectismo alemán, Bernhard Windscheid repetiría al hablar de la interpretación:

«Diesselbe ist aber nicht sowohl eine Wissenschaft, welche gelehrt werden kann, als eine Kunst welche gelernt werden muss...» (55). [«Esta no es tanto una ciencia que pueda ser enseñada como un arte que debe ser aprendiendo...»].

II) Igualmente rechazada que la interpretación, además de *declarativa* pudiera ser *extensiva* y *restrictiva* (p. 12. Tricotomía también clásica en la doctrina del derecho común. Cabe remitirse de nuevo al trabajo aludido *supra* para el desarrollo de la cuestión): Savigny *no admitía que se pudiera acudir a «la razón de la ley como premisa mediante la cual se modifica la conclusión final», la ley, «la regla expresa de la ley», «de modo que ésta deba ser más amplia —interpretación extensiva— o menos amplia —interpretación restrictiva—*» (p. 41).

Para el Savigny de 1803 resulta *absolutamente arbitrario* ascender «de las palabras, de la expresión de la ley, a su razón», pues, se preguntaba, ¿cómo se encuentra esta última? Normalmente, respondía, lo único que existe es la regla legal y cuando el intérprete dice ir en busca de la razón de la ley, lo único que hace es agregar «de una manera artificial» «la razón que debe descubrirse» (pp. 41-42). La crítica es certera: «... esta operación es tan arbitraria que no se puede hablar de una verdadera interpretación porque lo que el juez debe agregar a la ley, por este solo hecho no puede ser ya objetivo... la razón no es objetiva por la ley; sin embargo, por la ley debe expresarse algo objetivo...» (p. 42). Es más, ni siquiera cuando el legislador estableció la «ratio legis» hay que atender al procedimiento seudointerpretativo criticado, pues el legislador sólo aludió a la «ratio legis» en el texto legal «para aclarar la regla legal mediante ella misma» (p. 42). En cambio, Savigny admitía en esa época *la analogía*. La razón se hace difícil de comprender: en la analogía, a diferencia de en el caso de la interpretación lógica que lleva a una «extensio» o «restrictio legis», no «se agrega algo extraño a la ley», sino que «la legislación se completa a sí misma» («*aus sich selbst ergänzt*», p. 44). Es precisamente en las páginas de la *Metodología* dedicadas a la crítica de la interpretación (lógica) de la ley según su «ratio», donde Savigny aludía al famoso texto de Beccaria que *supra* hemos citado en tema de *espíritu de la ley* (*De los delitos y de las penas*. Cap. 4). Savigny toma aquí *la defensa de Beccaria*. Beccaria y Savigny eran, en su crítica a la interpretación lógica, más lúcidos que sus contemporáneos.

(54) *System* (n. 49), I. Parágrafo 32, p. 211.

(55) BERNHARD WINDSCHEID-THEODOR KIPP, *Lehrbuch des Pandektenrechts*. 9. Auflage. Bearbeitet von Theodor Kipp. Band 1. Neudruck der Ausgabe. Frankfurt am Main, 1906. Aalen. Scientia Verlag, 1963, parágrafo 20, p. 96.

3.2.3. La regla del párrafo 49 de la Introducción del ALR: Defecto de ley y defecto de la ley.

Según el párrafo 49 de la Introducción al ALR, antes citado, el juez debía suplir la laguna legal —el defecto de ley— infiriendo la regla aplicable al caso litigioso a partir de los principios generales admitidos por el Código o mediante la aplicación analógica de sus disposiciones.

En este caso y a diferencia del supuesto de la ley dudosa —defecto de la ley— el juez no debía suspender el juicio y recurrir al legislador. Por el contrario, decidía y se limitaba, como se vio, a comunicar la supuesta carencia al Chef der Justiz por si se consideraba oportuna la promulgación de una ley nueva.

La diversidad de tratamiento que recibían ambos supuestos resulta realmente sorprendente si no se tienen en cuenta los presupuestos en que se hacía descansar.

Al primero de ello ya se hizo alusión: Base de la distinción entre el defecto de la ley y el defecto de ley es la suposición, falsa, conforme a la cual el juez conoce siempre si hay ley aplicable, aunque al mismo tiempo puede ignorar qué dice la ley aplicable (al menos: se da por sentado que los supuestos de hecho son siempre claros. El «casus dubius» sólo afecta a las consecuencias de derecho).

Ulteriormente es obvio que desde el punto de vista del párrafo 49 de la Einleitung del ALR, el Código se concibe como un código completo en un sentido que ciertamente no es fácil de precisar. Lo problemático es, en primer lugar, que se entienda en este contexto por «completud» y, luego, cómo se relaciona esta característica con lo dispuesto en los párrafos 46 y 47 relativos al «casus dubius» que parecen presuponer cabalmente lo contrario, la incompletud del código.

Las discusiones doctrinales sobre la completud o suficiencia (Vollständigkeit) del (o de parte del) ordenamiento jurídico, así como las correlativas sobre las lagunas del derecho (Rechtslücken) traen históricamente causa de las codificaciones iusnaturalistas y, concretamente, del intento de los legisladores ilustrados de distanciar el nuevo derecho del viejo, de prohibir la denominada heterointegración del código. Estas discusiones no se reproducirán aquí. A los efectos que interesan bastará tal vez con algunas distinciones:

a) En el ALR, como en otros textos similares que le siguieron, se trataba de garantizar la completud en sentido *jurídico*, pero no en sentido *lógico* (56) ni tampoco en sentido *iusfilosófico* (57).

(56) Los lógicos enseñan que un sistema de enunciados es completo si toda verdad lógica de ese sistema es formalmente deducible, es decir, si todas las verdades formales formuladas en su lenguaje son teoremas del cálculo. Puede consultarse al efecto cualquier buen manual de lógica.

Aquí hay que destacar que ese concepto de completud no tiene demasiado que ver con la idea de completud que usan los juristas positivos: la propiedad lógica de la completud acostumbra a concebirse como una propiedad formal que se predica de entidades formales y en el marco de un sistema deductivo: sistemas de enunciados (indicativos) formulados en un lenguaje artificial.

b) Los autores del ALR, como en general toda la cultura jurídica de la época y buena parte de la posterior, manejaban un concepto ingenuo de completud jurídica. En los textos de Svarez o de Martini citados antes en el epígrafe 3.2.1 se hablaba de laguna del Código como de un fenómeno absolutamente inevitable, pues, como decían ellos, y luego se ha repetido hasta la saciedad, el legislador no puede dictar una ley para todos y cada uno de los casos que la realidad puede llegar a presentar. Pero un concepto fecundo de laguna no es relativo a todos los casos imaginables, sino a los efectivamente planteados por el sistema normativo de que se trate y sobre cuya suficiencia se pregunta. Si se supone que un sistema normativo dado está formado por normas que correlacionan casos genéricos con soluciones, hay una laguna cuando un caso genérico posible en ese sistema carece en el mismo de solución (58).

c) Pero además, en el párrafo 49 no se suponía un concepto *sustantivo* de laguna. En el ALR la laguna no es en realidad ausencia de ley, sino ausencia de ley formulada, *de texto legal* (Si se prefiere: no hay lagunas del derecho aunque las haya de la ley).

En esta última suposición radica la justificación de la diferencia de trato entre el defecto de la ley efectivamente formulada (párrafos 46 y 47 de la Introducción) y el defecto de formulación legal (párrafo 49).

En el último supuesto la «ley aplicable» existe y pertenece al siste-

Pero ni el derecho codificado prusiano vigente a partir del 1 de junio de 1794 era un conjunto de entidades formales (sino materiales) ni aún concebidas como enunciados, como entidades formales (así lo había preconizado «*expressis verbis*» Schlosser en su crítica. Nuevamente hay que remitir al lector a la cita recogida en la nota 27, donde el autor afirmaba que las leyes no son sino proposiciones lógicas), se trataría de enunciados indicativos (sino prescriptivos) ni, por último, las reglas de «inferencia» propuesta —como la analogía— tienen absolutamente nada que ver con el razonamiento deductivo.

(57) Durante mucho —demasiado— tiempo los filósofos del derecho han inquirido sobre distintos conceptos de *completud o suficiencia del ordenamiento jurídico*. Pese a la diversidad de éstos, todos tienen una propiedad común: tener poco que ver con los conceptos de completud que manejan los juristas positivos. Estos últimos no acostumbran a tratar del ordenamiento jurídico sin más, como un sistema unitario. Lo que, en cambio, interesa a civilistas, penalistas, administrativistas, etc., es la sistematización de grupos singulares de normas que se relacionan con una o más materias dadas. Eugenio Bulygin. «Zwei Systembegriffe in der rechtsphilosophischen Problematik». *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*. LIII-3, 1967, 329 y ss. Como concluye el autor: «Die Systematisierung des gesamten Rechts ist somit ein produkt der rechtsphilosophischen Phantasie. Sie hat kein Korrelat in der Rechtswissenschaft» (p. 332).

(58) La idea, moderna, de construir un concepto de laguna como una *relación triádica* entre un conjunto de normas, una clase de actos y una clase de casos ha sido expuesta con claridad por CARLOS E. ALCHOURRON y EUGENIO BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires. Editorial Astrea, 1974 (Edición original: *Normative Systems*. Wien. Springer Verlag, 1971), 48-49 y *passim*.

De los mismos autores v. «Sobre el concepto de orden jurídico». *CRITICA. Revista Hispanoamericana de Filosofía*. Vol. III, núm. 23, 1976, 3 y ss, página 16.

ma (de cuyos principios se deduce y de cuyas concretas disposiciones se infiere por analogía), sólo que no se ha formulado específicamente: Desde la perspectiva del parágrafo 49 el ordenamiento se concibe *estáticamente* y el sistema es *completo*.

Ahora bien, nada de todo esto sucede en el caso de los párrafos 46 y 47 («casus dubius»). Aquí el ordenamiento se concibe *dinámicamente* y el juez carece del auxilio de la deducción: debe recurrir al Legislador para que éste aclare cuál era su voluntad defectuosamente expresada.

Lo anterior requiere una explicación. Los conceptos de ordenamiento estático y ordenamiento dinámico, que hemos tomado prestados de la obra de Hans Kelsen, son radicalmente distintos. Pero pese a ello han sido indiscriminadamente presupuestos en la codificación en general y en la codificación prusiana en particular.

Un ordenamiento estático es un sistema deductivo: los enunciados que son deducibles mediante un conjunto de reglas de derivación a partir de otros considerados como axiomas del sistema pertenecen al mismo (59). El sistema se considera completo si son deducibles todos los enunciados verdaderos del mismo.

El ALR en cuanto sistema estático estaría formado por unos axiomas que serían los principios generales admitidos o recibidos por el legislador positivo y por el resto de la normativa más todo lo que se deduce de lo anterior considerando como reglas válidas de derivación argumentos tales como la analogía.

Todo esto resulta más bien problemático: supone concebir los mandatos del legislador como enunciados a partir de los cuales se pueden deducir otros enunciados. Además, no se explicitan las reglas de inferencia válidas a partir de los principios y la única que se explicita, el argumento analógico, no es regla de inferencia lógica. En cualquier caso parece que 'completo' quiere decir en el ALR algo así como posibilidad de encontrar racionalmente una regla aplicable a todos los casos litigiosos.

Pero, por otra parte, el ALR se concibe también y a la vez como un sistema dinámico. En un sistema de este tipo la relación que media entre las distintas normas que lo forman no viene dada por la deducción sino por un criterio de validez. Una directiva es una norma, es válida si ha sido creada por un órgano al que otra norma superior autoriza para ello y conforme eventualmente con el procedimiento o el contenido que determina esta última. Este criterio de validez es, en el límite, relativo pues debe reconducirse a una norma fundamental que no trae su validez de ninguna otra norma superior (60). En el marco de la doctrina del absolutismo monárquico la autoridad suprema se identifica en principio con el soberano y la norma fundamental sería aquella según la cual hay que obedecer sus mandatos (Cfr. ALR, II, 13, parágrafo 6, citado *supra* en el epígrafe 1).

(59) BULYGIN, «Zwei Systembegriffe», n. 57), 329.

(60) Sobre la naturaleza de esta última norma han discutido ampliamente los filósofos del derecho, pero esa no es cuestión que interese aquí.

Como ya se señaló, lo característico de esta construcción doctrinal es la pretensión de que las normas legales no tienen porqué dejar ámbito libre alguno de decisión al órgano encargado de juzgar, sino que determinan con precisión el contenido de la decisión judicial. En el modelo de ordenamiento dinámico creado por el normativismo contemporáneo se supone que la norma superior puede ser exclusivamente una norma de competencia que autorice en blanco a un órgano para dictar una norma con un contenido cualquiera y, en todo caso, se afirma que el contenido de esta última no puede ser prefijado con absoluta precisión por aquélla, dada la ineliminable dosis de imprecisión del lenguaje en que se expresan las normas jurídicas. En la doctrina de Kelsen, por ejemplo, el juez puede dictar sentencia porque está autorizado para ello, pero el contenido de la decisión no está ni puede estar nunca absolutamente predeterminado a la nada el marco dejado a la voluntad del juez. A eso responden las reglas sobre interpretación literal y lógica de los párrafos 46 y 47, así como otras disposiciones generales sobre las leyes (61).

Frente a la *laguna*, el juez decide deduciendo la regla aplicable. Frente a la *ley dudosa* el juez no deduce nada ni mucho menos se subroga en la posición del legislador: le consulta. Sistema estático y sistema dinámico están así entreverados en el ALR como lo están, aunque con menos claridad, en los títulos preliminares de muchos códigos civiles contemporáneos.

3.3. La derogación de las reglas sobre interpretación del ALR

La institución del recurso al legislador tuvo en el ALR una vigencia efímera: fue derogada en 1798 (62). El doble planteamiento aceptado

- (61) Cfr. los siguientes párrafos de la *Einleitung*
 «Auf Meinungen der Rechtslehrer, oder ältere Aussprüche der Richter, soll, bey künftigen Entscheidungen, keine Rücksicht genommen werden» (párrafo 6).

La regla supone rechazar la eficacia tradicionalmente atribuida por el derecho común a la *interpretación doctrinal* («interpretatio non necessaria sed etiam probabilis. Communis opinio») y *judicial* (interpretatio necessaria et specialis. Non generalis). Para esto hay que remitir a la primera parte de este trabajo en curso de publicación:

«Gesetze behalten so lange ihre Kraft, bis sie von dem Gesetzgeber ausdrücklich wieder aufgehoben werden» (párrafo 59).

«So wenig durch Gewohnheiten, Meinungen der Rechtslehrer, Erkenntnisse der Richter, oder durch die in einzelnen Fällen ergangenen Verordnungen neue Gesetze eingeführt werden können; eben so wenig können schon vorhandne Gesetze auf dergleichen Art wieder aufgehoben werden» (párrafo 60).

Ambas reglas tienen como presupuesto la doctrina de la voluntad del legislador que se pretende llevar hasta sus últimas consecuencias, y la práctica del derecho común que se quiere eliminar.

- (62) *Kabinetts-Order* de 8.3.1798 y *Reskript* de 21.3.1798. Cfr. LUDWIG VON RÖNNE, *Ergänzungen und Erläuterungen des Allgemeinen Landrechts für die Preussischen Staaten durch Gesetzgebung und Wissenschaft*. 7. Auflage. Berlin, R. V. Decker's Verlag, 1885, I, 69. FRANZ FÖSTER-M. C. ECCIUS, *Preussisches Privatrecht*. 7. Auflage. Berlin. Georg Reiner, 1896, I, 70 y ss. CHRISTIAN

por la regulación originaria del ALR en tema de interpretación judicial sólo estaba justificado si se aceptaban los presupuestos de, por una parte, un iusracionalismo deductivista y, por otra, una versión radical de la doctrina de la voluntad del legislador.

Pero el legislador fue en seguida menos doctrinario: le pareció un absurdo que el juez pudiera decidir en ausencia de toda ley y que no pudiera hacerlo, en cambio, cuando había ley aplicable (por más que oscura). Fue esa constatación la que le movió a derogar la institución del recurso al legislador (63).

En 1803, el *Primer Apéndice* al ALR introdujo en el Código una regla que sustituía a los primitivos parágrafos 47 y 48 de la *Einleitung*. Conforme a ella, en caso de *ley dudosa* el juez debía decidir directamente aplicando a la resolución de la duda *las reglas generales de la interpretación*, reglas que no se especificaban con lo que la actividad interpretativa quedaba legalmente descontrolada. Se suprimía la exigencia de consulta al legislador y se introducía a cambio el deber —paralelo al preexistente en caso de *laguna* legal— de comunicar al *Chef der Justiz* la supuesta oscuridad de la ley a fin de que se tuviera en cuenta, en su caso, en la futura legislación:

«Findet der Richter den Sinn des Gesetzes zweifelhaft, so liegt es ihm zwar ob, den vorliegenden Fall nach den allgemeinen Regeln wegen Auslegung der Gesetze zu entscheiden, und findet die Anfrage an die Gesetz-Commission während des Laufs des Prozesses nicht mehr statt. Er muss aber die vermeinte Dunkelheit des Gesetzes dem Chef der Justiz zum Behuf der künftigen Legislation anzeigen» (64). [«Si el juez encuentra que el sentido de la ley es dudoso, le incumbe decidir el caso de acuerdo con las reglas generales relativas a la interpretación de la ley y entonces ya no tiene lugar la consulta a la Comisión Legislativa durante el curso del proceso. Pero debe comunicar la presunta oscuridad de la ley al *Chef der Justiz* en atención a la futura legislación»].

FRIEDRICH KOCH, *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten*. 6. Auflage. Berlin. F. Guttentag, 1874, I, 51 y ss. HEINRICH DERNBURG, *Die Allgemeinen Lehren und das Sachenrecht des Privatrechts Preussens und des Reichs*. 5. Auflage. Halle. Verlag der Buchhandlung des Waisenhange, 1894, 15. Todos ellos son manuales clásicos sobre el ALR tal y como éste texto legal era entendido durante el siglo XIX. Modernamente véase principalmente: CONRAD, *Richter und Gesetz* (n. 1), 17-18 y WAGNER, *Die Wissenschaft* (n. 1), 147.

(63) Las disposiciones citadas en la nota anterior, señala CONRAD, *Richter und Gesetz* (n. 1), 17, derogaron en el recurso a la Comisión Legislativa en el caso de la ley oscura o dudosa:

«weil, wie Friedrich Wilhelm III. erklärte, nicht einzusehen sei, 'warum die Richter nicht eben so gut zweifelhafte Gesetze sollen erklären können, wie sie Fälle entscheiden müssen, worüber es an einem Gesetze ganz ermangelt'.»

(64) *Erster Anhang worin die bisher ergangenen Abänderungen und Ergänzungen des allgemeinen Landrechts verkürzt gesammelt sind*. Berlin. Bei G. C. Nauck. 1803.

Se ha dicho que el abandono de la regulación del recurso al legislador y la consiguiente derogación de la prohibición de interpretar el *casus dubius* suponía el triunfo del iusracionalismo y el reconocimiento del fracaso práctico de la doctrina de la voluntad del legislador (65). Pero en el caso del ALR la reforma manifiesta quizá sólo lo segundo; lo primero debe, en cambio, matizarse. La diferencia originaria de trato entre la interpretación (prohibida) de la ley positiva pero oscura y la integración (ordenada) de la laguna legal mediante la deducción de la regla aplicable a partir de los principios o mediante la analogía se justificaba únicamente en base a una fe iusracionalista. El que pocos años más tarde esa diferencia de trato se presente como incomprensible no parece ser mucho más que una manifestación de la creencia en que aquí procedía aplicar la vieja regla conforme a la cual quien puede lo más (integrar), puede lo menos (interpretar). Y eso es precisamente lo contrario de lo que Svarez había propuesto. Para él lo menos era deducir reglas desde los principios y lo más arriesgarse a violentar la voluntad del legislador.

4. LA CODIFICACION CIVIL AUSTRIACA: DEL RECURSO AL LEGISLADOR A LOS PRINCIPIOS JURIDICOS NATURALES

En Austria el punto de partida para el análisis de las limitaciones legales a la interpretación judicial del *casus dubius* radica en el *Codex Theresianus* de 1766 (66). El Codex ordenaba atender a los *verba* de la ley despreciando su *sententia* consagrando con ello el canon de la interpretación literal. Mas luego daba entrada a la *analogía* para resolver las lagunas legales. La resolución del *casus dubius* correspondía al legislador (*Codex Theresianus*, I, cap. I, V, parágrafos 81 y ss.) (67).

(65) Esta es la tesis de LUKAS, *Zur Lehre vom Willen des Gesetzgebers* (n. 1), 425-426 y *passim*.

(66) Precedentes más antiguos en SPIEGEL, *Gesetz und Recht* (n. 1), 104-105, quien, con todo, inicia el análisis en la Ordenanza de los Tribunales de 1781 que se limita a sintetizar la prolija regulación del *Codex*.

(67) El iter seguido en la elaboración del *Codex Theresianus* puede seguirse en Philipp. HARRAS RITTER VON HARRASOWSKY, *Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen. Hrsg. und mit Anmerkungen versehen von ... I.* Wien. Druck und Verlag von Carl Gerold's Sohn, 1883, 49 y ss.

En 1753 la Emperatriz nombró una Comisión (Comisión de Brünn o Kompilationskommission) para que reordenara y reformulara el derecho común teniendo en cuenta los distintos derechos territoriales de las Provincias Hereditarias de la Corona. El material elaborado por esta Comisión pasó luego a una segunda Comisión (Comisión de Viena o Revisionskommission) que pronto estuvo controlado por juristas muy relacionados con el romanismo tradicional (V. al respecto, TARELLO, *Storia* (n. 1), 250). La elaboración del *Codex* finalizó hacia 1766. Se ha dicho, con razón, que el *Codex Theresianus* fracasó principalmente porque los sucesivos compiladores del mismo no supieron formular un conjunto sintético de reglas que pudiera contraponerse con ventaja al derecho común que debía sustituir (TARELLO, *Ibidem.*). De hecho, en 1772 se nombró otra Comisión ante el fracaso de un proyecto que parecía incomprensible, prolijo y desmesuradamente largo (WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (n. 1), 336; CONRAD, *Deutsche Rechtsgeschichte*, II (n. 1), 391-392).

El nuevo ordenamiento que se proponía para la interpretación judicial venía a ser un reflejo en negativo de la regulación del *Derecho común* que el Codex pretendía sustituir. Eso es patente hasta en la propia terminología usada por el Codex. Así, la primera regla de interpretación se construía como un mandato general de interpretación literal:

«Jedermann ist an die ausdrückliche Worte Unserer Gesetzen in ihrem wahren und allgemein üblichen Verstand gebunden» (I, cap. I, V, 81). [«Todos están vinculados a las palabras textuales de nuestras leyes en su verdadero y general entendimiento común»].

Y éste venía seguido por una expresa negación de la tradición romanista en la materia: si la doctrina de la interpretación del Derecho común se basaba en la distinción entre *verba* y *sententia legum*, el Codex, en cambio, prohibía que, so pretexto de esa distinción, cupiera llegar a establecer una *extensio* o *restrictio verborum*:

«Niemandem ist daher gestattet, sich einer rechtskräftigen Ausdeutung Unserer Gesetzen auszumachen, noch unter dem Vorwand eines Unterschieds zwischen den Worten und dem Sinne des Gesetzes solche auf einerlei Weise zu erweitern oder einzuschränken» (I, cap. I, V, 81) (68). [«Por ello a nadie le está permitido formular una interpretación

(68) Las notas de Harrasowsky al precepto citado (*Der Codex Theresianus* (n. 67), 49 y ss.) explican la génesis de esta disposición a partir de la tradición romanista.

Los miembros de la Kompilationskommission eran peritos en los distintos derechos territoriales y conocían que una interpretación con valor general y necesario correspondía, conforme a esta tradición, sólo al legislador (interpretación auténtica). Pese a ello añadían que el juez podía decidir «ex mente vel ratione legis» (Azzoni), que no tenía porqué limitarse a la «verba legum» —Worte—, sino que podía tratar de desentrañar la *sententia legis* —Sinn des Gesetzes— recurriendo para ello a los motivos de la ley, a la analogía, a la doctrina o a la equidad natural (Holger, Waldstetten). Otros señalaban que el recurso a la opinión de los doctores valía para el derecho común pero no para los derechos particulares (Thinnfeld). Sobre estas premisas, los compiladores se decidieron por reforzar la doctrina tradicional de la interpretación auténtica, marginaron a la doctrina de los doctores y a la analogía e instituyeron el recurso al legislador ante el «casus dubius».

En cambio, conservaron la distinción entre *verba* y *sententia*: el juez podía ir más allá de la interpretación literal y tratar de averiguar la «*sententia legis*». Naturalmente ello suponía dar entrada a toda la vieja doctrina de la interpretación que se había pretendido restringir.

Fue la Revisionskommission la que rechazó esta última distinción «Von der Voraussetzung aus gehend, dass die Redaktionen des Gesetzes ... so beschaffen sein wurde, dass Wortlaut und Sinn des Gesetzes sich decken...» (HARRASOWSKY, *Ibid.* 51).

Ante la eventualidad de que, dada la «Verschiedenheit der menschlichen Auffassung ... man könne in jeden einzelnen Prozesse Zweifel über die Auslegung eines Gesetzes rege machen» (*Ibid.*), la Comisión suprimió la distinción o, mejor dicho, se refirió a ella solamente para prohibir que fuera utilizada en la interpretación de la ley.

de nuestras leyes jurídicamente vinculante, ni ampliarlas o limitarlas de igual manera bajo el pretexto de una distinción entre las palabras y el sentido de la ley»].

La regla se repite a continuación para dos casos más que tampoco pueden servir de pretexto al juez para apartarse del *casus clarus*, del texto preciso de la ley; ni la *equidad natural* ni la *costumbre* (a las que no se remita la ley) son excusas válidas para oscurecer el sentido del mandato legal:

«Wir verbieten auch allen Richteren, unter dem nichtigen Vorwand einer von der Schärfe der Rechten unterschiedenen Billigkeit von der klaren Vorschriften Unserer Gesetzen abzugeben» (Ibid., 82) (69). [«Igualmente prohibimos a todos los jueces apartarse de los preceptos claros de nuestras leyes bajo el nulo pretexto de diferenciar entre equidad y Derecho estricto»].

«Nicht weniger solle alle Ausdeutung und Erweiterung oder Einschränkung Unserer Gesetzen durch Gewohnheiten ausser dem Fall, wo das Gesetz sich auf wohl hergebrachte Landesverfassungen, Gebrauche und Gewohnheiten ausdrücklich bezieht, je und allzeit verboten, ungrätig und nichtig sein, und vielmehr die Vorschützung solcher unstandhafter Gewohnheiten wider die klare und buchstäbliche Vorschrift der Gesetzen nach richterlichen Ermessen bestrafet werden» (Ibid., 83). [«No menos debe ser prohibida, inválida y nula en todo tiempo cualquier declaración, ampliación o restricción de nuestras leyes a través de las costumbres, fuera del caso en que la ley se refiriera a usos, costumbres y constituciones territoriales correctamente recibidos y aún más debe ser sancionada según arbitrio judicial la alegación de semejantes costumbres cambiantes cuando son contrarias al tenor claro y literal del precepto legal»].

Frente al *casus dubius* el juez deberá recurrir al legislador:

«Woferne aber dem Richter ein Zweifel vorfiele, ob ein vorkommender Fall in dem Gesetz begriffen sei oder nicht, oder da ihme das Gesetz selbst dunkel schiene, oder ganz besondere und sehr erhebliche Bedenken der Beobachtung des Gesetzes entgegenstünden, so ist die massgebige Erklärung des Gesetzes allemal bei Uns anzusehen» (Ibid., 84). [«Pero en la medida en que el juez dudara si el caso está o no conceptualizado en la ley o que la misma ley le pareciera

(69): «Dem Richter hingegen ist nicht verwehret in jenen Fällen auf die natürliche Billigkeit nach vernünftigen Ermessen zu sehen, in welchen er durch Unsere Gesetze dahin angewiesen wird, die Umstände der Person, der Sache, des Orts, der Zeit, der Ursache, der That oder Weise, der Absicht und Meinung, der Gefährde oder Schuld nach der natürlichen Billigkeit zu beurtheilen.» (parágrafo 87).

oscura o que obstáculos muy especiales y considerables impidieran la observancia de la ley, entonces debe siempre solicitar de Nos la oportuna explicación de la ley»].

Pero la regla tiene una importante e incontrolable limitación: *la analogía*. Y el propio texto que ordenaba acudir a la analogía (el párrafo 85) explicaba que ello estaba justificado para evitar la acumulación de consultas al legislador por más que el texto extralimitara las precauciones al respecto (70). La preocupación casi obsesiva de los redactores del texto era salvaguardar la voluntad expresada del legislador. Mas en ausencia de ley, la analogía no se consideraba peligrosa; no se pretendía paralizar la administración de justicia ante la falta de normativa legal sino que se quería garantizar el cumplimiento estricto de los mandatos legales.

La evolución posterior comprende dos bases bien definidas:

a) Los textos inmediatamente posteriores se limitarán a recoger y refundir las disposiciones del *Codex Theresianus* despojándolo de su carga literaria y libresca pero sin introducir innovaciones de fondo.

El Codex influirá en dos direcciones:

a.1.) Por una parte la *Allgemeine Gerichtsordnung* de 1781 (*Patent* de 1-5-1781) (71) reformuló en un sólo artículo —el 437— el contenido del Codex: El juez debía proceder «conforme al entendimiento verdadero y general de las palabras de esta ley» sin poder apartarse bajo ningún pretexto imaginable o so capa de equidad o distinguiendo entre las palabras y sentido de la ley del «claro mandato de esta Ordenanza de los Tribunales». Únicamente en defecto de ley cabía acudir

(70): «Damit Wir jedoch nicht ohne Noth mit Belehrungen über den Verstand unserer Gesetzen behelliget werden, so gestatten und wollen Wir gnädigst, dass, wann entweder ein bei Gericht anhängiger, in dem Gesetz nich wörtlich ausgedrückter Fall in allen fürwaltenden Umständen und in der ganzen Beschaffenheit der Sache mit einem in dem Gesetz ausdrücklich entschiedenen Fall vollkommen übereinstimmte und somit die Bewandtniss beider Fällen einerlei wäre, oder Unsere höchste Willensmeinung aus der in dem Gesetzeklar ausgedrückten Ursache, dass Wir alle nicht buchstäblich berührte Fälle von der nämlichen Beschaffenheit gleichfalls unter dem Gesetz begriffen haben wollen, offenbar erhellete, der Richter sodann ohne fernerer Anfrage oder Anstand möge und solle» (párrafo 85).

Diffícilmente se encontrará en la historia de la codificación un artículo ordenando la aplicación de la analogía rodeado de semejante fárrago de cautelas.

Didácticamente, el párrafo siguiente, el 86, explicaba aún el fundamento de la disposición anterior:

«Dann Wo einerlei der Sache Beschaffenheit ist, da muss einerhei Recht sein.»...

(71) *Allgemeine Gerichtsordnung für Böhheim, Mähren, Schlesien, Oesterreich ob. und unter der Ennss. Steyermarkt, Kärnten, Krain, Görz, Gnadiska, Triest, Tyrol, und die Vorlanden*. Wien, gedruckt bey Johann Thomas Edlen von Trattnern. 1781.

a la analogía. Pero el casus dubius, el defecto de la ley debía ser objeto de consulta (72).

a.2.) Pocos años después el Código josefino de 1786 (*Josephinisches Gesetzbuch* o *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*) (73) reiteraba los mismos criterios (74).

b) Pero por razones, al parecer prácticas (75), la institución del recurso al legislador tuvo en Austria una vigencia casi tan efímera como en Prusia. El párrafo 2.º de la *Abänderung Patent* de 22-2-1791 marginó casi totalmente la *Anfrage bei Hof*: si el caso no era subsu-

(72) El texto literal del párrafo 437 de la Allgemeine Gerichtsordnung, dice:

«Die Richter sollen verfahren, und sprechen nach dem wahren, und allgemeinen Verstande der Worte dieses Gesetzes, und unter keinem erdenklichen Vorwande eines Unterschiedes zwischen den Worten, und dem Sinne des Gesetzes, einer von der Schärfe der Rechte unterschiedenen Billigkeit, oder eines widrigen Gebrauchs u. b. g. von der klaren Vorschrift dieser Gerichtsordnung abweichen; nur dann, wenn ein Fall ihm vorkäme, der zwar in dieser Gerichtsordnung nicht entschieden wäre, aber mit einem andern in selber entschiedenen Falle eine vollkommene Aehnlichkeit hätte, ist dem Richter gestattet, den nicht ausgedrückten Fall nach jener Vorschrift zu entscheiden, die für den ausgedrückten Fall bestimmt ist; sollte aber über den Verstand des Gesetzes ein gegründeter Zweifel vorkommen, so wird solcher nach Hof anzuzeigen, und die Entschliessung darüber einzuholen seyn; würde aber ein Richter die Streitsachen wider diese Ordnung verzögern, oder die Partheyen sonst beschweren, so hätte er für allen Schaden zu haften.»

(73) El llamado proyecto Horten. Su primera parte fue aprobada por Patent de 1-11-1786. Las citas se hacen por: *Systematisch-chronologische Sammlung aller jener Gesetze, und aller höchsten Verordnungen, die von ältesten Zeitenher bis auf 1792 für die vord, östr. Lande erlassen worden sind, und itzt noch bestehen*. Hrsg. von Joseph Detrek. 1. Abtheilung. Politisch-bürgerliche Gesetze. 1. Band. Freyburg im Breisgau, 1792.

(74) El párrafo 24 señalaba que las leyes debían ser siempre «nach dem eigenen, und allgemeinen Verstande der Worte zu nehmen». Nadie está legitimado para realizar una interpretación con fuerza de ley ni a ampliar o restringir (erweitern, einschränken) el texto de la ley bajo pretexto de una distinción entre las palabras y el sentido de la ley (Unterschied zwischen den Worten und dem Sinne der Gesetze). Tampoco puede el juez apartarse del mandato claro de la ley (von der klaren Vorschrifte der Gesetze) so pretexto de un juicio de equidad, salvo que el legislador, en atención a determinadas circunstancias, se lo haya permitido expresamente.

El párrafo 26 regulaba el recurso al legislador ante el casus dubius. Pero su segunda parte permitía el uso de la analogía en defecto de ley; «Wenn dem Richter ein Zweifel vorfiel: ob ein vorkommender Fall in dem Gesetze begriffen sey, oder nicht?, wenn ihm das Gesetz dunkel schiene, oder falls besondere, und sehr erhebliche Bedenken der Beodachtung desselben entgegenstünden, soll die Belehrung allzeit von dem Landesfürsten gesucht werden. Aber wenn ein Fall zwar nicht wörtlich in den Gesetze ausgedrückt, jedoch in dem Umständen, und der ganzen Beschaffenheit der Sache mit einem ausdrücklich entschiedenen Falle vollkommen gleich wäre, so ist zwar dem Richter, dem unentschiedenen Fall nach dem entschieden zu beurtheilen gestattet; doch soll ein solcher Fall jedesmal dem Landesfürsten angezeigt werden.»

(75) SPIEGEL, *Gesetz und Recht* (n. 1), 113-115.

mible en las palabras de la ley, el juez debía investigar el concepto y sentido de la ley, acudir a la analogía y recurrir por último a los *principios generales* y a las *finalidades* manifiestos en la ley. Sólo tras todo eso y si el juez seguía encontrándose con inconvenientes especialmente graves, debía suspender la decisión y proceder a la consulta (76).

Finalmente, tanto el *primer Proyecto Martini* de 1793 como el *Urentwurf* o *Westgalizisches Gesetzbuch* de 1797, ambos coincidentes en este punto (77), no se ocupaban del tema: a un mandato inicial aparentemente rígido de interpretación literal seguían los ya habituales paraphernalia del contexto, intención del legislador, analogía y, por último, los *principios jurídicos generales y naturales* que ahora aparecían con mayor claridad que en el proyecto anterior: Los principios cerraban aquí el conjunto de reglas sobre la interpretación judicial y, en la práctica, suponían el abandono de la vieja distinción entre el *casus clarus* y el *casus dubius* a efectos del recurso al legislador (78).

El famoso párrafo 7 del Código civil austríaco de 1811 (*ABGB*) recogería directamente esta tradición en su alusión a los *natürliche Rechtsgrundsätze*. El *ABGB* incluye solamente tres reglas sobre la interpretación en general. Según la primera, párrafo 6 (79), las leyes

(76) Literalmente:

«Anstatt des sechs und zwanzigsten Absatzes des ersten Hauptstückes, welcher hiermit aufgehoben wird, verordnen Wir: dass der Richter, wenn er einen vorkommenden Fall nicht in den Worten des Gesetzes entschieden fände, auf den zusammenstimmenden Begriff und Sinn desselben, auf gleichförmige darin ausgedrückte Fälle, auf die aus der Verbindung der Gesetze sich darstellenden Grundsätze und Absichten sehen, und den Fall nach derselben Massgebung beurtheilen soll. Ständen der Beobachtung des Gesetzes besondere, und sehr erhebliche Bedenken entgegen, so wäre die Belehrung bey Hof anzusuchen.»

(77) Para el primer Proyecto Martini v. HARRASOWSKY, *Der Codex Theresianus* (n. 67). Band 5. Para el *Urentwurf* v. Julius OFNER (hrsg.), *Der Ur-entwurf und die Berathungs-Protokolle des Oesterreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches*, I, Band, Wien, Alfred Hölder, 1889. Se cita aquí esta edición.

(78) Párrafo 18:

«Einem Gesetze darf in der Auslegung und Anwendung kein anderer Sinn beigelegt werden, als der, welcher nach den Regeln der Sprache aus der eigentümlichen Bedeutung der Worte, und ihres Zusammenhanges, oder auch aus der klaren Absicht des Gesetzgebers deutlich hervorleuchtet.»

Párrafo 19:

«Findet aber der Richter einen Rechtsfall durch die Worte des Gesetzes nicht geradezu entschieden, so muss er in seinem Urtheile auf den natürlichen Sinn des Gesetzes, er muss ferner auf die Gründe anderer damit verwandten Gesetze, und auf ähnliche im Gesetze bestimmt entschiedene Fälle Rücksicht nehmen: bleibt ihm der Rechtsfall nach allem diesem noch zweifelhaft, so muss er ihn mit Hinsicht auf die sorgfältig gesammelten, und reiflich erwogenen Sachumstände nach den allgemeinen und natürlichen Rechtsgrundsätzen entscheiden.»

Sobre el tema v. SCHOTT, «*Rechtsgrundsätze*» (n. 1), 29, 30.

(79) Párrafo 6:

«(Allgemeine Regel) Einem Gesetze darf in der Anwendung kein

se interpretan (por el juez) según el *significado propio de las palabras*, en su contexto y conforme a la *intención del legislador*. Dos cánones de interpretación cuyo sentido originario es el mismo que se vio al analizar el ALR prusiano: interpretación literal moderada por referencia al contexto y doctrina de la voluntad del legislador. Conforme a la segunda regla, parágrafo 7 (80), si el caso no se puede decidir ni por las *palabras* ni por el *sentido natural de la ley*, hay que acudir a la *analogía*. Pero si, a pesar de todo ello, el caso continúa siendo dudoso, se recurrirá a los *principios jurídicos naturales*.

Las última regla, parágrafo 8 ABGB (81), reproduce una vieja regla heredada de la tradición del Derecho común y entendida de la misma forma que en el marco de aquélla: sólo al legislador compete la *interpretatio necessaria et generalis* (interpretación auténtica).

De las tres reglas interesa aquí la segunda. Pese a que su enunciado alude a dos criterios de interpretación judicial (*Analogie, natürliche Rechtsgrundsätze*), de hecho incluía uno más: el parágrafo 7 del ABGB comenzaba distinguiendo entre las palabras (*Wörter, verba*) y el sentido (*Sinn, sententia*) de la ley. En el fondo esta distinción destruía el canon de la interpretación literal proclamado por el parágrafo 6 permitiendo la reproducción de la vieja dialéctica entre *verba* y *sententia legum*. El cambio en relación al literalismo de mediados de siglo anterior —recuérdese la expresa prohibición de referirse al *Sinn des Gesetzes* del *Codex Theresianus*— es radical.

La referencia a la analogía está, por el contrario, en la línea de los proyectos anteriores y la alusión final a los *principios* o *proposiciones jurídicas naturales* constituía la última fase de una evolución que, como en Prusia, había sido bastante rápida y que había llevado a la supresión de la regulación del recurso al legislador.

El entendimiento originario de la expresión «*natürliche Rechtsgrundsätze*» no plantea problemas. En los Comentarios al Código que

anderer Verstand beigelegt werden, als welcher aus der eigentümlichen Bedeutung der Worte in ihrem Zusammenhange und aus der klaren Absicht der Gesetzgebers hervorleuchtet.»

(80) Parágrafo 7:

«(Analogie; natürliche Rechtsgrundsätze) Lässt sich ein Rechtsfall weder aus den Worten, noch aus dem natürlichen Sinne eines Gesetzes entscheiden, so muss auf ähnliche, in den Gesetzen bestimmt entschiedene Fälle, und auf die Gründe anderer damit verwandten Gesetze Rücksicht genommen werden. Bleibt der Rechtsfall noch zweifelhaft; so muss solcher mit Hinsicht auf die sorgfältig gesammelten und reiflich erwogenen Umstände nach den natürlichen Rechtsgrundsätzen entschieden werden.»

(81) Parágrafo 8:

«(Authentische Auslegung) Nur dem Gesetzgeber steht die Macht zu, ein Gesetz auf eine allgemein verbindliche Art zu erklären. Eine solche Erklärung muss auf alle noch zu entscheidende Rechtsfälle angewendet werden, dafern der Gesetzgeber nicht hinzufügt, dass seine Erklärung bei Entscheidung solcher Rechtsfälle, welche die vor der Erklärung unternommenen Handlungen und angesprochenen Rechte zum Gegenstande haben, nicht bezogen werde solle.»

Zeiller comenzó a publicar en el mismo año de su aprobación se explica con claridad que se entendía al respecto (82):

La premisa de la que Zeiller partía era una afirmación sobre la inevitable incompletud (en el sentido antes visto en relación al ALR) del Código; dado que no se puede exigir de un Código civil («Zivil-Codex») que sea completo como en cambio lo es un sistema de Derecho natural (83), el legislador positivo tiene que poner a la disposición del juez la posibilidad de decidir en última instancia a partir de los principios jurídicos naturales, es decir, *de la Filosofía del Derecho, del Derecho natural* («Philosophie des Rechts», «Naturrecht» afirma explícitamente Zeiller). Esta *fuerza*, concluía el autor, tiene dos propiedades:

I) *Es inagotable*: «Diese Quelle ist unversiegbar, weil jede Frage, die inner dem Gebiete der (rechtlichen) Vernunft liegt, auch von ihr (als dem Vermögen der Prinzipien) beurteilt und aufgelöst werden kann...» [«Esta fuente es inagotable porque cualquier cuestión que se plantea dentro del ámbito de la Razón puede ser juzgada y resuelta a partir de ella (así como del caudal de los principios)»] (84).

II) *Pero es sólo subsidiaria*: «Der Vernunft-Codex soll nur ein subsidiarischer sein, wo der bürgerliche Codex schlechterdings nicht ausreicht...» [«El Código Racional es sólo subsidiario, aplicable a los casos que en manera alguna cubre el Código civil»] (85).

De la interpretación se había pasado a las fuentes del derecho.

5. EPILOGO: DE LOS PRINCIPIOS JURIDICOS NATURALES A LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

Es sabido que, aunque absolutamente destextualizada, esta tradición cultural llegaría al Código civil español de 1889 vía la codificación italiana (86).

(82) Franz EDLEN von ZEILLER, *Kommentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie*. Band I. Wien und Triest. Zu beistigers Verlagsbuchandlung, 1811, 65 y ss.

(83) «Weil man von einen Civil-Codex nicht verlangen kann, dass, er; gleich einem Systeme des natürlichen Privatrechts, alle Rechtsgrundsätze, und noch minder, dass er alle daraus ableitbaren Rechte enthalten werden soll...» *Ibidem*.

(84) *Ibidem*.

(85) *Ibidem*. Para la doctrina de las fuentes del derecho que profesaba Zeiller debe verse: Heinz MOHNHAUPT, *Zeillers Rechtsquellenverständnis*. En: Walter SELB y Herbert HOFMEISTER, *Forschungsband Franz von Zeiller (1751-1828). Beiträge zur Gesetzgebungs- und Wissenschaftsgeschichte. Im Auftrag der Vorstandes der Wiener Rechtsgeschichtlichen Gesellschaft*. Hrsg. von... Wien - Graz - Köln. Hermann Böhlau Nachfolg, 1980, págs. 167 y s.

(86) En la Italia preunitaria de la Restauración, el Código austríaco regia directamente en el Lombardo-Veneto. La referencia a los *principi generali di diritto* aparece por primera vez en el *Codice Civile per gli Stati del Re di Sardegna* de 1837 (Carlo Alberto, 1831-1849; de ahí el nombre, por el que es más conocido, de *Codice Albertino*. En España es común la denominación —por influencia de García Goyena, entre otros— de *Código sardo*).

En la redacción actual del Título Preliminar del Código civil las referencias a la analogía y a los principios generales están convenientemente repartidas en los capítulos del mismo dedicados respectivamente a la aplicación de las normas jurídicas, es decir, a la interpretación judicial y a las fuentes del derecho (arts. 1 y 4 C. c.). Pese a que siempre se ha tenido claro conocimiento de su origen histórico, los principios son siempre entendidos por la doctrina un poco pro domo sua y otro poco en función de las orientaciones culturales dominantes en cada momento en la Dogmática civil (87). Eso explica la división y creciente escepticismo de los autores a la hora de caracterizar las reglas del Código que aluden a los principios generales, reglas éstas sobre las que se ha dicho casi todo lo imaginable. Aquí se tratará solamente de un tema que viene sugerido por aquel origen histórico y que quizá contribuya a reducir en alguna medida el alcance que

El artículo 14 del Código Albertino es una traducción del párrafo 6 ABGB; el 16 es una paráfrasis del 8 ABGB, a la que se añade significativamente una disposición sobre el recurso al legislador (los magistrados supremos —viene a decir— pueden transmitir al rey su opinión sobre la necesidad de interpretar auténticamente la ley. La interpretación real, caso de producirse, tendrá forma y vigor de ley, pero no será retroactiva). El art. 15, que es aquí el que más interesa, dice literalmente:

«Qualora una controversia non si possa decidere nè dalla parola, nè dal senso naturale della legge, si avrà riguardo ai casi consimili precisamente dalle leggi decisi, ed ai fondamenti di altre leggi analoghe: rimanendo nondimeno el caso dubbioso, dovrà decidersi secondo i principii generali di diritto, avuto riguardo a tutte le circostanze del caso.»

La cita se hace de: *Collezione completa dei moderni Codici Civili degli Stati d'Italia secondo l'ordine della loro pubblicazione*. Torino, Libreria della Minerva Subalpina di PP. Giuseppe Vaccarino, 1845, 591.

El cambio terminológico en relación al original austríaco parece relacionarse con un cambio sustancial en el entendimiento de los principios: El Senado del Piamonte había observado sobre el artículo 7 del ABGB que, en defecto de ley, el juez decide, según los principios que se encuentran en el cuerpo de las leyes y la disciplina que lo rige e informa. (Gorla, «I precedenti» (n. 7), 127-128, nota 33 y allí más datos).

Posteriormente el art. 3.2 de las Disposiciones Preliminares del Código civil italiano de 1865 recogió la referencia a los principios y, de ahí, pasó al incompleto proyecto español de 1869 y al Código civil español de 1889.

(87) Un buen resumen de la evolución en la doctrina austriaca puede verse en SCHOTT, «*Rechtsgrundsätze*» (n. 1), Cap. XIV. *Passim*. Para Italia véase NORBERTO BOBBIO, *Voz Principi generali di diritto*. En *Novissimo Digesto Italiano*, XIII, Torino, U.E.T., 1966, 887 y ss. En España el análisis clásico lo realizó Felipe Clemente de Diego en una serie de artículos publicados a partir del número fundacional de la *Revista de Derecho Privado*: «La función jurisdiccional de los jueces y la aplicación del derecho en general (1)». *Ibidem*, 73 y ss.; «Las fuentes del Derecho civil común en general, según el Código civil español», III, 1915, 33 y ss.; «El método en la aplicación del Derecho civil». *Ibidem*, 258 y ss.; «El método en la aplicación del Derecho civil. Los principios generales del derecho», IV, 1916, 285 y ss.

En la civilística española contemporánea la obra de referencia sigue siendo FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil de España. Parte General*, I, Madrid. Instituto de Estudios Políticos, 1955, 448 y ss. Más bibliografía en JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS, *Derecho Civil español*, I, *Parte General*. Vol. 1. *Introducción al Derecho Civil*. Salamanca, Imprenta Kadmos, 1977, 477 y ss.

tradicionalmente se concede a los principios en sede de fuentes del derecho: la relación entre la normativa sobre éstas y la relativa a la interpretación.

La doctrina hoy dominante en España sostiene que las reglas del Código civil sobre la interpretación de las normas jurídicas carecen de carácter normativo (88). «Los criterios de interpretación», se dice, «son reglas que no pueden quedar sometidas a normas jurídicas» (89). O bien: «Será la doctrina jurídica la que con más o menos cuidado señale que para realizar la tarea interpretativa se han de utilizar ciertos elementos» (90), pero no la ley, se sobreentiende.

Subyace a esta concepción la profunda influencia que en la dogmática contemporánea ha ejercido la enseñanza de Savigny: la genuina interpretación es la *interpretación doctrinal* y los criterios de interpre-

(88) Federico DE CASTRO Y BRAVO, *Naturaleza de las reglas para la interpretación de la ley* (Consideraciones en torno al artículo 3.º, apartado 1, del Código civil). *Anuario de Derecho Civil*, XXX, 1977, 809 y ss.

(89) Luis DÍEZ-PICAZO-Antonio GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil. Volumen I. Introducción. Derecho de la Persona. Autonomía Privada. Persona Jurídica*. 4.ª edición. Madrid, Tecnos, 1981, 198. Los autores añaden:

«... el intérprete que interpreta mal no infringe el artículo 3.º C. c. ni podrá por esta razón ser sancionado. Infringirá únicamente, en su caso, la norma mal interpretada, y si lo hiciere dolosamente o con negligencia inexcusable incidirá en prevaricación.»

(90) CASTRO, «Naturaleza de las reglas para la interpretación». (n. 88), 826. «... la interpretación que en teoría corresponde a la norma, es... un límite insalvable... dentro del que el Tribunal hace lo que cree más justo... De ahí los frecuentes cambios de jurisprudencia y los frecuentes *destrozos científicos* que las sentencias hacen en la *teoría del Derecho*...». Manuel ALBALADEJO, *Derecho Civil. I. Introducción y Parte General. Volumen primero. Introducción y Derecho de la Persona*, 9.ª edición. Barcelona, Librería Bosch, 1983, 155 (la cursiva es del autor): los puntos de referencia son, pues, la doctrina científica y la práctica jurisprudencial, pero no aparece la normativa sobre la interpretación.

Otros señalan que: «... los artículos 3 y 4 del C. c.... nada añaden que sea esencial...», limitándose «... testimoniar el sentimiento o aceptación de algo que era conforme a la tradición jurídica y a la 'conciencia legal'...». MOZOS, *Derecho Civil Español* (n. 87), 537. V. además 553 y ss.

Aun entre quienes no niegan explícitamente el carácter normativo del artículo 3.1. C. c. se encuentran afirmaciones que suponen que el artículo en cuestión enuncia, más que una norma, una mera hipótesis, una solución a un problema que puede ser criticada en términos de verdad o falsedad: «Para el problema de la interpretación de la norma... contiene el Código una solución expresa (al menos, un intento de solución) al disponer en su artículo 3.º 1, que...» (sigue el enunciado del artículo). José Luis LACRUZ BERDEJO, *Nociones de Derecho Civil Patrimonial e Introducción al Derecho*, Barcelona, Librería Bosch, 1980, 56. Desde una posición más matizada, otros afirman que el artículo 3.1. C. c. «... no hace más que dar expresión legal a algo que ya el Tribunal Supremo venía practicando al amparo de la libertad de interpretación del sistema anterior...». Manuel GARCÍA AMIGO, *Instituciones de Derecho Civil. I. Parte General*, Madrid, EDESA, 1979, 191. Cfr. por último, José Luis LACRUZ BERDEJO, Francisco de ASÍS SANCHO REBULLIDA, Agustín LUNA SERRANO, *Elementos de Derecho Civil, I. Parte General del Derecho Civil. Volumen primero. Introducción*. Barcelona. Librería Bosch, 1982, 235 y ss., donde se sintetiza la opinión matizadamente favorable al carácter imperativo del artículo 3.1 C. c.

tación son irreducibles a *reglas*, cosa que a su vez se entiende equívoca y alternativamente como irreducibilidad a teoría y a norma (91).

Por ello no puede dejar de sorprender que no se hayan seguido las enseñanzas de la Escuela Histórica a la hora de caracterizar los principios generales del Derecho y más aún si se paran mientes en el hecho de que históricamente la cuestión de los principios surge en sede de interpretación (92). De hecho, la *desnormativización* de la regla sobre los principios jurídicos naturales fue proclamada en Austria precisamente por el más destacado representante austríaco de la Escuela, Joseph Unger, quien, tras afirmar la suficiencia de la analogía para garantizar la completud del sistema codificado, concluía:

«... in der Ausstellung des Naturrechts im 7 des bürgerl. Gesetzb. ist nichts anderes als die Befriedigung eines rein theoretischen Dranges der Verfasser des bürgerl. Gesetzbuches zu sehen...» (93). [«En la referencia al Derecho natural del párrafo 7 del Código civil, sólo hay que ver la satisfacción de un prurito puramente teórico de los autores del Código civil...»].

Conviene tener en cuenta la enseñanza de Unger, sobre todo si se piensa en lo que se ha dicho y continúa diciéndose sobre los principios

(91) Además de ello, la mayor parte de la manualística civil española reproduce los cuatro elementos de la interpretación de Savigny, acentuando, eso sí, algunos un canon antisavigniano: la interpretación lógica (ahora llamada en España «teleológica» o añadiendo otros el llamado «elemento sociológico». Cfr. las obras citadas en la nota anterior.

(92) En contra de una explicación histórica de la cuestión, CASTRO, *Derecho Civil de España* (n. 87), 463:

«Habrà influido el ejemplo extranjero para llevar al Código...» la fórmula del artículo 6 C. c., 1889, «... pero el pensamiento, e incluso la fórmula, son propios del Derecho tradicional español...». En realidad el «pensamiento» y la «fórmula» son impensables fuera del fenómeno histórico de la Codificación. Con todo, subyace en la opinión considerada una suposición sobre la que no es fácil discrepar: la idea de que los juristas siempre han argumentado de la misma manera, siempre han dicho las cosas de forma similar. En ese sentido, el razonamiento jurídico no es hoy sustancialmente distinto de lo que era en el siglo XVIII o en el XIII. Un ejemplo se puede encontrar comparando el Comentario al ABGB de Zeiller con un pasaje de la obra de Castro: Aquél decía, al hablar de los principios jurídicos naturales, del Código de la Razón, que era una fuente inagotable (unversiegbare Quelle) en defecto de ley positiva (ein subsidiarischer Codex). éste constatará siglo y medio después:

«Este valor de la razón natural como fuente inagotable de normas, en defecto de disposiciones legales, será reconocido siempre...» (p. 462).

(93) Joseph UNGER, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts. Erster Band*. 5. Auflage (1.ª edición: 1856). Leipzig, Druck und Verlag von Breitkopf und Härtel, 1892, 71. Más datos en Stanislaus DNIETRZANSKI, *Die natürlichen Rechtsgrundsätze (7 ABGB)*. En: *Festschrift für Jahrhundertfeier des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches. 1. Juni 1911*. Wien, Manzsche K.U.K. Hof-Verlags-U. Universitäts-Buchhandlung, 1911, II, 2 y ss., y MORIZ WELLSPACHER, *Das Naturrecht und das ABGB. Ibidem*, I, 172 y ss.

Hacia el final de su carrera Unger negó la suficiencia de la analogía para garantizar la completud del derecho, pero sólo para reconocer al juez capacidad para resolver, en última instancia, «praeter legem» (SCHOTT, «Rechtsgrundsätze» (n. 1), 100.

generales del Derecho. Aun limitándose a leer el Código civil español, puede fácilmente comprobarse que el texto legal se limita a recoger buena parte de las propuestas doctrinales sobre el concepto de principios generales del Derecho pero, eso sí, sin que haya modo humano de saber a ciencia cierta cuáles son las entidades referidas por esta expresión:

Por un lado parece que no son normas, es más, que no son Derecho sino propiedades del Derecho («... principios ... del Derecho», art. 1.1) o entidades que están en cierta relación con el ordenamiento jurídico (relación de «información»: «... carácter informador del ordenamiento...», art. 1.4) sin identificarse con él (o, por lo menos, con parte de él: de lo contrario se informarían a sí mismos, se autoinformarían, art. 1.4).

Pero por otro lado parecen ser normas («Los principios ... se aplicarán...» dice el art. 1.4. Lo que el juez aplica son normas jurídicas según el Código civil: Capítulo II del Título Preliminar: «Aplicación de las normas jurídicas». Título Preliminar del Código civil: «De las normas jurídicas, su aplicación y eficacia» y cfr. art. 1.6 Código civil). Recuérdese además que la traducción española más fiel de 'Rechtsgrundsatz' no es 'principio jurídico' sino 'proposición jurídica fundamental' (como, paralelamente, 'Rechtssatz' es 'proposición jurídica' y no 'principio jurídico'). La práctica, en este sentido, de oponer principios a normas (no ajena por supuesto a la propia cultura jurídica alemana: cfr. la famosa monografía sobre los principios de Josef Esser) es hasta cierto punto viciosa.

O quizá se puede suponer que no son normas o, por lo menos, que no son normas formuladas pero que son Derecho (si se concede que el juez aplica el Derecho. Disposición Transitoria 13 del C. c.: «Los casos no comprendidos directamente en las disposiciones anteriores, se resolverán aplicando los principios que les sirven de fundamento»).

La confusión no para ahí. El lector del primer apartado del artículo 1 del Código civil está tentado a afirmar que una de las fuentes del ordenamiento jurídico español son los principios generales del Derecho. De hecho es cierto que la expresión 'principios generales del Derecho' es responsabilidad histórica de la cultura civilista y también lo es que ha sido exportada, como tantas otras, a otras ramas del Derecho. Pero hay algunas de éstas, por ejemplo, el Derecho penal cuyo principio más notable —el de legalidad— consiste precisamente en negar los principios —no son fuente—. En alguna otra, por ejemplo en el Derecho constitucional, se supone el principio de legalidad de manera diferente (art. 9.3 Constitución). Es más, en la propia Constitución, algunos principios existen pero el Derecho todavía no existe (art. 53.3 Const.) y por eso no resultan directamente aplicables como derecho que es cabalmente lo contrario de lo que se señala sobre el artículo 1.4 Código civil (aplicabilidad de los principios en defecto de ley).

'Principios generales del Derecho' es una expresión legal introducida por el legislador de 1889 y reproducida por el de 1974 pero ni es

claro su sentido ni se indica cuál puede ser su referencia. En el propio Código la expresión se va utilizando en sentidos distintos presuponiéndose concepciones también distintas —y a veces contradictorias— del Derecho, pero siempre sin que se sepa qué entidades sean los principios (94). A esa última pregunta responde sin embargo la doctrina. Pero de modos absolutamente diversos.

En efecto, en la práctica del último siglo la dilucidación del concepto de principios generales del Derecho y la indicación de las entidades que constituyen su referencia va siendo la obra de los autores y no de los legisladores civiles. En ese orden de ideas la doctrina ha aludido sucesiva o cumulativamente a distintas entidades, reales o imaginarias, cualificadas por las más disparatadas propiedades: Además de las alusiones tradicionales a *lo natural* (derecho, razón) o a *la naturaleza* (de las cosas), se ha indicado que los principios se refieren al *pueblo* (la conciencia colectiva; la conciencia jurídica fundamental de la colectividad interpretada, habitualmente, por los juristas), a *la ley* (sus rasgos o propiedades fundamentales), al *Estado* (principios del ordenamiento estatal), al *legislador* (su voluntad real o hipotética, también interpretada o desentrañada por los juristas; de lo contrario, si quien lo hace es el propio legislador, se habla de interpretación auténtica o de nueva legislación), al *juez* (autónomamente o en funciones de legislador recogiendo alguna de las opiniones anteriores), al *jurista* (una de cuyas principales funciones es, se dice, descubrir o, en en último término, construir y reconstruir los principios del sistema).

También se encuentran alusiones a *la norma fundamental* (las normas constitucionales o algunas de ellas) o *al fundamento de la norma* (su *ratio*, su fundamento, causa eficiente o final); a *las normas más generales* (la Constitución nuevamente; las leyes-medida en Derecho administrativo; el Código civil en Derecho privado. No otros: los derechos llamados forales, se ha dicho insistentemente, carecen de todo principio) o a *lo más general de las normas* (abstracción doctrinal de características comunes a todas las normas o a ciertos grupos de ellas, instituciones. Asombrosamente se sigue discutiendo sobre si las características inducidas son o no normas: Para algunos lo que se dice sobre ciertas cosas incrementa el número de cosas sobre las que se habla); a los *intereses, ideas, valores* (dominantes, informadoras y fundamentales, respectivamente. No siempre se indica de quién son los intereses e ideas ni qué es lo valioso); al *pasado* (la tradición jurídica, los principios históricos. Así se pensaba al redactar el artículo 1.1 de la Compilación aragonesa y el 1.4 de la navarra), al *presente* (en muchas de las tesis anteriores: los valores socialmente dominantes informan la legislación en cada momento, por ejemplo) o al *futuro* (toda la literatura sobre los principios programáticos o sobre los fines de la ley); al *sistema* (principios sistemáticos) o al *problema* (el pensamiento aporético descubre el carácter principal del Derecho); a *enunciados formulados por el legislador* (con especial insistencia sobre su rango jerárquico

(94) La circularidad del artículo 1.729.10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil merece un juicio similar.

o importancia en relación a otros enunciados legislativos) o a *los no formulados por el mismo* (los principios como Derecho no formulado, tesis hoy muy extendida pero, desde luego, nada nueva. Los enunciados sobre los principios los formula luego el jurista) (95).

Si se tiene en cuenta que la idea de recurrir a los principios se introduce originariamente en un Código civil moderno para resolver dudas, para solucionar el *casus dubius* (parágrafo 7 ABGB: «Bleibt der Rechtsfall noch zweifelhaft...»), no parece aventurado afirmar que estamos ante una *explicatio obscuri per obscurius*: el Derecho formulado se aclara y completa gracias al Derecho no formulado que es, como ya vimos que decía Zeiller, una *unversiegbare Quelle*, una fuente inagotable en tanto en cuanto es algo que depende en última instancia de la obra del jurista y no de la del legislador. Es a este carácter de *fuerza del Derecho* al que se aferra la doctrina dominante para diferenciar el tema de los principios del de la interpretación: Las reglas sobre ésta pueden considerarse desnormativizadas pero la regulación sobre aquéllos en ningún caso. No hay porqué. No se ve ninguna buena razón para negar a las reglas del Código civil sobre la interpretación carácter de normas jurídicas (art. 3) y afirmar exactamente lo contrario sobre las que aluden a los principios (art. 1). En los códigos civiles modernos los principios surgieron en sede de interpretación y no hay motivos para pensar que no sigan la suerte de ésta. Sobre todo si se constata que, desde la Codificación, la doctrina (y no sólo ella) ha tratado a la regulación que alude a los principios con la misma libertad que a la relativa a la interpretación y que, en el Código civil español, se pueden identificar las reglas que el legislador de 1974 calificó como normas de interpretación, pero que no hay manera de hacer lo propio con los principios.

(95) Para elencos concretos véanse los autores citados en la nota (87).